

La
Transcription de la vente
en Droit égyptien
ÉTUDE JURIDIQUE COMPARÉE

« L'interprète doit savoir éviter, et ce servilisme qui nous rend esclaves de la lettre, et cet esprit d'indiscipline qui souvent donne mort à la loi ».

DUPIN.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 3 juin 1938, à 14 heures

PAR

Moktar ARAFA

Lauréat de la Faculté de Droit de l'Université du Caire
Avocat auprès des Tribunaux égyptiens

JURY... { *Président :* M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *professeur.*
 { *Suffragants :* MM. LÉVY-ULLMANN, *professeur.*
 René-Lucien MOREL, *professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU et C^{ie}

ÉDITEURS

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

—
1938

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Moktar Arafat.

A

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

La

Transcription de la vente en Droit égyptien

ÉTUDE JURIDIQUE COMPARÉE

« L'interprète doit savoir éviter, et
ce servilisme qui nous rend esclaves
de la lettre, et cet esprit d'indiscipline
qui souvent donne mort à la loi ».

DUPIN.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 3 juin 1938, à 14 heures

PAR

Moktar ARAFA

Lauréat de la Faculté de Droit de l'Université du Caire
Avocat auprès des Tribunaux égyptiens

JURY... } *Président :* M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *professeur.*
 } *Suffragants :* MM. LÉVY-ULLMANN, *professeur.*
 René-Lucien MOREL, *professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU et C^{ie}

ÉDITEURS

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

—
1938

42497

transcription de la vente
en Droit égyptien
ÉTUDE JURIDIQUE COMPARÉE



LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSÉAU

1896

A KAMEL MORSI BEY

Cher, illustre et vénéré Maître,

Je voue dédie mon livre, parce qu'en vous l'offrant il me semble en faire hommage à la science même.

Je vous le dédie, parce que, pour vous, je porte en moi tous les sentiments d'admiration, de respect, d'affection et de dévouement que la reconnaissance peut mettre au cœur d'un homme de bien.

MOKTAR ARAFA.

ABRÉVIATIONS

Cass.	Cour de cassation.
C. A.	Cour d'appel du Caire.
M.	Mixte.
L. fr.	Loi française.
C. civ. fr.	Code civil français.
C. civ. all.	Code civil allemand.
Art. 611/737.	Le premier nombre réfère au C. civ. égypt., le second au C. civ. m., le troisième, s'il y en a, au Code civ. f.
C. co.	Code de commerce.
B. O.	Bulletin officiel des tribunaux égyptiens, publié par le Ministère de la Justice.
<i>B. L. J.</i> 28-68 ...	Bulletin de Législation et de Jurisprudence égyptiennes (mixtes), n° 28, p. 68.
Gaz.	Gazette des tribunaux mixtes.
<i>J. M. T.</i>	Journal des tribunaux mixtes.
Kh. Kh.	Revue El-khanoun wa'-el-ekhtessad.
Cpr.	Comparez.
D.	Dalloz, recueil périodique des arrêts.
D. H.	Dalloz hebdomadaire.
S.	Sirey, recueil général des lois et arrêts.
R. O.	Recueil officiel des arrêts de la Cour d'appel mixte.
Ins. T. M.	Instructions des tribunaux mixtes.
R. O. T. M.	Règlement d'organisation judiciaire des tri- bunaux mixtes.
R. O. M.	Règlement d'organisation des Mehkemebs.
S.	Suivant.
T.	Tome.
P.	Page.
V.	Voir.
Vol.	Volume.
Op. cit.	Déjà cité.
Loc. cit.	Locution citée.
Ed.	Edition.
Der.	Dernière.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

I. LOI N° 18 DE 1923

**Loi portant modification aux dispositions du Code civil
relatives à la Transcription.**

NOUS, FOUAD I^{er}, ROI D'EGYPTE,

Vu le décret du 14 juin 1883 portant réorganisation des tribunaux égyptiens,

Vu le Code civil;

Vu la délibération du Conseil des Ministres en date du 25 avril 1922 approuvant en principe l'introduction des Livres fonciers en Egypte;

Considérant la nécessité d'introduire, dans le régime actuel des droits réels immobiliers, certaines réformes préliminaires à l'établissement des Livres fonciers;

Sur la proposition de notre Ministre de la Justice et l'avis conforme de notre Conseil des Ministres;

DECRETONS

Article premier. — Devront être rendus publics par la transcription au Greffe du Tribunal de première instance de la situation des immeubles qui en forment l'objet ou au Méhkémeh, tous les actes entre vifs, à titre onéreux ou gratuit, et les jugements passés en force de chose jugée ayant pour effet de constituer, transmettre, modifier ou éteindre un droit de propriété ou autre droit réel immobilier, sous réserve des dispositions régissant actuellement les privilèges, hypothèques et affectations hypothécaires.

A défaut de transcription, les droits susvisés ne seront constitués transmis, modifiés ou éteints, ni entre parties, ni à l'égard des tiers.

Les actes non transcrits ne créeront que des obligations personnelles entre parties.

Il est dérogé, dans ces limites, aux dispositions sanctionnant le transfert de la propriété et autres droits réels immobiliers par effet du simple consentement des parties.

Art. 2. — Devront être soumis à la même formalité :

1^o Les actes et les jugements passés en force de chose jugée déclaratifs de droits de propriété ou autres droits réels immobiliers visés à l'article précédent, y compris les partages immobiliers.

2^o Les baux de plus de neuf années et les quittances anticipées de plus de trois ans de loyer.

A défaut de transcription, lesdits actes et jugements ne seront pas opposables aux tiers. Même transcrits, ils ne le seront pas davantage s'ils sont entachés de fraude. Toutefois, en ce qui concerne les actes mentionnés au 2^o les tiers auront seulement le droit de faire réduire à neuf années les baux d'une durée plus longue et de faire rapporter ce qui a été payé au-delà de trois ans de loyer d'avance.

Art. 3. — Les actes présentés à la transcription devront contenir, en outre des indications qui leur sont propres, toutes les mentions nécessaires ou utiles pour l'identification des parties et l'individualisation des biens, notamment :

a) Les noms des parties, ceux de leur père et de leur grand-père paternel, ainsi que le domicile des parties.

b) L'indication du village, le nom et le numéro du hof et le numéro des parcelles, s'ils résultent du plan cadastral, ainsi que les limites et la contenance, avec le plus de précision possible.

Dans les actes de vente et d'échange, on indiquera l'origine de la propriété avec le nom du précédent propriétaire, ainsi que la date et le numéro de la transcription de son titre, si elle a été opérée.

Art. 4. — Les actes sous seing privé ne contenant pas les indications prévues à l'article précédent ne seront transcrits que sur autorisation du juge de service. Ils recevront toutefois dans le registre des requêtes un numéro d'ordre qui assurera leur rang, jusqu'à décision du juge, laquelle devra être requise dans un délai de trente jours.

Art. 5. — Pour faciliter l'observation des prescriptions de l'article 3, le Gouvernement mettra à la disposition des intéressés des formules imprimées des principaux actes soumis à la transcription.

Art. 6. — Les signatures et les cachets des parties dans les actes sous seing privé présentés pour la transcription devront

être légalisés par un des fonctionnaires ou officiers publics qui seront désignés dans les arrêtés prévus à l'article 17.

Art. 7. — Les demandes en annulation, résolution, révocation ou rescision d'actes soumis à la transcription, devront être annotées en marge de la transcription de l'acte attaqué.

Si l'acte n'a pas été transcrit, ces demandes seront transcrites.

Les demandes en revendication de tous droits réels immobiliers seront également annotées ou transcrites.

Art. 8. — Les annotations et transcriptions visées à l'article précédent seront faites à la demande de la partie et sur la présentation de l'assignation signifiée et enrôlée.

L'annotation indiquera la date, la nature et les conclusions de la demande, ainsi que les noms des parties.

La transcription sera faite par extrait contenant, outre les indications prévues à l'alinéa précédent, la description de l'immeuble.

Art. 9. — Toute partie intéressée pourra se pourvoir en référé pour obtenir la radiation de l'annotation ou de la transcription visée à l'article 7; le juge l'ordonnera s'il estime que la demande annotée ou transcrite est manifestement vexatoire.

Art. 10. — Les jugements rendus sur les demandes visées à l'article 7 seront annotés, en leur dispositif, à la suite de l'annotation ou en marge de la transcription de la demande.

Art. 11. — Pour que le droit du demandeur soit opposable aux tiers de nationalité étrangère, les transcriptions et annotations visées aux articles 7, 8 et 10 doivent être reproduites, à la diligence des intéressés, au bureau hypothécaire mixte de la situation de l'immeuble.

Les ordonnances de radiation des dites transcriptions et annotations seront également communiquées aux fins d'exécution au bureau hypothécaire mixte à la diligence des intéressés.

Art. 12. — L'annotation ou transcription des demandes visées à l'article 7 a pour effet que le droit du demandeur, s'il est constaté par un jugement régulièrement annoté devient opposable aux tiers acquéreurs et aux créanciers hypothécaires dès la date de l'annotation ou transcription de la demande.

Les droits acquis par les tiers antérieurement à la susdite annotation ou transcription restent régis par les dispositions et principes alors en vigueur.

Art. 13. — La cession ou dation en gage d'une créance hypothécaire ou garantie par un privilège immobilier, la subrogation légale ou conventionnelle à ces mêmes droits, de même que la cession du rang hypothécaire ne sont opposables aux tiers que si la mention en a été faite en marge de l'inscription ou transcription originaire.

L'annotation sera faite à la requête du cessionnaire, du créancier gagiste ou du subrogé, et contiendra :

- 1^o La date et la nature du titre;
- 2^o Les noms, prénoms, professions et domiciles des parties;
- 3^o L'indication de l'inscription ou transcription originale, avec son numéro d'ordre, sa date et l'indication de la page du registre.

Art. 14. — La présente loi ne sera pas applicable aux actes ayant acquis date certaine et aux jugements rendus antérieurement à la date de sa mise en vigueur.

Leurs effets restent réglés par la législation sous l'empire de laquelle ils sont intervenus.

Art. 15. — Le ministre de la Justice pourra, par arrêté, déterminer les règles à adopter à l'avenir dans la tenue des registres de transcription et inscription.

Art. 16. — Sont abrogés, sous réserve des dispositions des articles 12, alinéa 2 et 14 ci dessus, les articles 47, 52, 550, 606, 609, 611, 612, 613, 615, 616, 617, 618 et 619 du Code civil égyptien (les articles 69, 75, 674, 732, 735, 737, 738, 740, 742, 743, 744, 745 et 746 du Code civil mixte), ainsi que toute disposition contraire à la présente loi, ou à l'arrêté pris en vertu de l'article précédent.

Art. 17. — Nos ministres des Finances et de la Justice sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution de la présente loi qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1924.

Ils prendront à cet effet les arrêtés nécessaires.

Fait au Palais de Mountazah, le 11 Zilkadeh 1341 (26 juin 1923).

FOUAD

Par le Roi :

Le Président du Conseil des Ministres
Ministre de l'Intérieur

YEHIA IBRAHIM

Le Ministre des Finances,

MOUHEB

Le Ministre de la Justice,

AHMED ZULFICAR.

NOTICE EXPLICATIVE

Sur le projet de loi portant modification aux dispositions du Code, relatives à la transcription

*« Le motif de la loi en est l'âme ;
il est toute la loi. »*

1. Origine du présent projet. — Par délibération en date du 25 avril 1922 le Conseil des ministres a approuvé les conclusions de la Commission instituée en 1920 pour étudier la question des Livres fonciers.

Ces conclusions consistaient dans l'unification des Bureaux de publicité immobilière existants et dans la réforme du système d'enregistrement pour préparer l'établissement des Livres fonciers avec force probante.

Pour réaliser les conclusions de la Commission, le Conseil des ministres a décidé, dans la même séance, la nomination d'un Comité spécial d'études avec mission d'examiner la meilleure procédure à suivre pour rendre les réformes applicables, aussi bien aux étrangers qu'aux Egyptiens, et de préparer un projet de loi incorporant les conclusions de la Commission et celles du Comité spécial.

Le Comité spécial, ainsi institué a préparé, comme première partie de ses travaux, un projet de loi introduisant dans le régime actuel de publicité des droits réels immobiliers certaines réformes préliminaires qui permet-

tront l'établissement ultérieur des Livres fonciers en ce pays.

Ce projet a fait l'objet d'un examen de la part du Comité consultatif de législation qui, outre des modifications de pure forme, a introduit dans le projet du Comité spécial deux amendements dont il sera question ci-après (voir les n^{os} 11 et 12).

La présente note explicative est également l'œuvre du Comité spécial et elle n'a été modifiée que sur les points se référant aux amendements introduits par le Comité consultatif.

2. Défaut de la loi sur la transcription et de la pratique suivie. — La Commissions des Livres fonciers a dû constater la grande difficulté de déterminer la véritable situation juridique des propriétés immobilières en Egypte, par suite de l'imperfection des dispositions de la loi et par suite de certaines pratiques défectueuses concernant la rédaction des actes de mutations immobilières et la tenue des registres et des répertoires.

Il est évidemment impossible de penser à une immatriculation des propriétés immobilières, base de tout système de Livres fonciers, tant que la détermination de leur état juridique, savoir des droits appartenant aux différents propriétaires, se heurte à des obstacles tels que ceux que l'expérience a révélés.

Et le Comité spécial a estimé qu'il était de toute nécessité de commencer par diminuer autant que possible, sinon par éliminer entièrement ces obstacles qui consistent essentiellement :

1^o Dans l'imparfaite énumération des actes assujettis à la transcription.

2° Dans le défaut d'une sanction suffisamment rigoureuse pour assurer l'accomplissement de cette formalité.

3° Dans la rédaction défectueuse d'un grand nombre de ces actes.

4° Dans l'absence de toute garantie de l'authenticité de la signature des parties.

3. Actes et jugements à transcrire. — Pour ce qui concerne l'énumération des actes assujettis à la transcription, les articles 611, 612, 613 du Code civil ne sont pas conçus en des termes suffisamment généraux, ni assez précis, de sorte qu'ils ont donné lieu à des discussions fort délicates, sur le point de savoir si certains actes sont, ou ne sont pas, soumis à la transcription.

Les articles 1 et 2 du Projet proclament le principe de la publicité immobilière, par une formule générale qui comprend, d'une part (art. 1), tous les actes entre vifs, et les jugements ayant pour effet de constituer, transmettre, modifier ou éteindre un droit de propriété ou autre droit réel immobilier, et, d'autre part (art. 2), tous les actes et jugements ayant simplement pour effet de déclarer semblables droits.

La rédaction proposée s'est inspirée du texte des articles 12 et 15 du projet de la Commission internationale de 1904 qui, de son côté, a tenu grand compte des études de la Commission extraparlamentaire instituée en France, en 1891, pour l'institution des Livres fonciers.

La distinction entre les actes et jugements purement déclaratifs et tous les autres actes et jugements s'imposait, étant données les conséquences différentes dérivant de la non-transcription des actes et jugements, de l'une ou de l'autre catégorie, comme il sera expliqué ci-après :

L'article 2 comprend les actes de partage parmi les actes déclaratifs de propriété, et il soumet au même régime les baux de plus de neuf années, et les quittances anticipées de plus de trois ans de loyer.

4. Conséquence de la non-transcription des actes et jugements en dehors de ceux purement déclaratifs. —

L'article 615 du Code civil dispose que : « A défaut de transcription ou d'inscription, quand elle est exigée, les droits réels seront considérés comme nonavenus à l'égard des tiers qui ont des droits sur l'immeuble, et qui les ont conservés en se conformant à la loi. »

Il n'est pas téméraire d'affirmer que le système qui reconnaît la validité du transfert, par le seul consentement des parties, et limite les conséquences de la non-transcription à rendre les actes non opposables aux tiers a été la cause principale du fait, hautement regrettable, que le plus grand nombre de transactions immobilières, résultant de simples actes sous seing privé (chartiehs), n'ont pas été présentées à la transcription.

Dans la pratique, très souvent, les acheteurs — qui savent que, par le seul fait de la passation de l'acte de vente ils sont devenus propriétaires de l'immeuble, sauf opposition de la part des tiers — croient pouvoir se dispenser de la transcription, notamment pour éviter des déplacements, et le paiement de droits considérables, et s'en remettre à la bonne foi du vendeur, surtout lorsqu'il s'agit de petites propriétés et que ce dernier est solvable. Ils se contentent, tout au plus, de faire donner à leurs actes la date certaine.

Il importe, dans un intérêt général, d'assurer la publication des transactions immobilières, par une sanction

plus rigoureuse que la simple inopposabilité de l'acte aux tiers : il importe d'exiger la transcription comme une condition absolue du transfert de la propriété et des droits réels immobiliers, aussi bien vis-à-vis des tiers, qu'entre parties.

Cette règle, qui est une condition inhérente à l'essence même de tout régime de Livres fonciers, est, sinon essentielle, du moins nécessaire dans un système destiné à préparer l'adoption de ce régime.

Le principe du Code Napoléon qui admet le transfert de la propriété immobilière entre parties, par effet du seul consentement n'est pas sans soulever de graves difficultés dans la pratique.

Aussi, la Commission de révision du Code civil en Belgique n'a pas hésité à proposer l'abandon du principe du transfert de la propriété immobilière par le simple consentement; d'après l'article 711 de son avant-projet, la transmission de la propriété, quant aux immeubles, a lieu lorsque l'acquisition est rendue publique de la manière prescrite au titre des privilèges et hypothèques.

Le raisonnement de la Commission à l'appui de son amendement est vraiment saisissant, et mérite d'être relaté :

« Au droit personnel ou droit de créance, dit-elle, correspond l'obligation d'une ou plusieurs personnes déterminées. Ce sont ces personnes, elles seules, que le créancier peut contraindre de prêter ce qui fait l'objet de l'obligation. Ici, il est exact de dire que la volonté des parties contractantes suffit pour créer le lien juridique. Le droit de créance n'ayant aucune prise sur les personnes étrangères à la convention, il n'y a pas de raison pour que ce droit ne procède pas, avec tous ses éléments constitutifs et tous ses

effets, du seul consentement des personnes qui y sont intéressées.

« Il en est tout autrement du droit réel, et spécialement du droit de propriété ; à ce droit correspond une obligation générale de la communauté. Cette obligation s'étendant à tous, peut-elle raisonnablement tirer les éléments de son existence d'une simple convention, c'est-à-dire d'un fait relatif à deux personnes déterminées et resté inconnu des tiers ?

« Le contrat par lequel on s'oblige à transférer la propriété, tel que la vente, l'échange, la donation, ne peut logiquement engendrer, au profit de l'acquéreur, qu'un droit personnel ou droit de créance : en vertu de ce droit, l'acquéreur pourra contraindre l'aliénateur à exécuter son obligation, c'est-à-dire à lui transférer effectivement la propriété : cette transmission s'effectuera par l'accomplissement des formalités légales destinées à rendre l'acquisition publique. »

A la vérité, la conception juridique d'un acte qui est à la fois valable entre les parties, et nul ou inopposable vis-à-vis des tiers, ou plus exactement d'un transfert de propriété opéré entre parties, et non opéré vis-à-vis des tiers, et conséquemment d'un même immeuble ayant deux propriétaires. échappe à l'intelligence de beaucoup de justiciables.

Il n'est pas sans intérêt de relever que le principe de la nécessité de la transcription, pour opérer le transfert, même entre parties, a été admis par plusieurs législations, qui n'ont pas encore été en mesure d'adopter un système complet de Livres fonciers : telles la législation hellénique et la législation hollandaise.

Au point de vue pratique, ce principe a aussi le grand avantage de couper court aux nombreuses contestations surgies

sur la portée juridique en la matière du mot « tiers » et de la restriction prétendant un droit réel qui y fait suite à l'article 611 du Code civil ou ayant des droits sur l'immeuble et les ayant conservés en se conformant à la loi de l'article 615 du même Code, de même qu'aux questions relatives à la bonne ou à la mauvaise foi.

C'est en vain qu'on essaierait d'invoquer, en sens contraire, les raisons de l'équité et de la bonne foi contractuelle. En effet, il incombe à l'acquéreur la charge de remplir la formalité de la transcription, pour porter son acquisition à la connaissance du public, et l'aliénateur n'a que le devoir de ne rien faire qui puisse l'empêcher d'y procéder utilement. Si l'aliénateur met l'acquéreur dans l'impossibilité de remplir utilement la formalité nécessaire pour opérer le transfert, il est passible d'une action personnelle.

La nécessité absolue de la transcription, pour opérer le transfert, sans distinguer entre les parties et les tiers, a été sanctionnée à l'alinéa 2 de l'article 1^{er} du projet.

5. Conséquences de la non-transcription des actes et jugements purement déclaratifs et de certains baux et quittances. — Il est cependant des actes et des jugements que l'on ne peut logiquement considérer comme non existants, par cela seul qu'ils n'ont pas été enregistrés. Les jugements qui ne font que déclarer les droits des parties et les actes de la même nature peuvent bien être assujettis à la formalité de la transcription, pour être portés à la connaissance des tiers, sous peine, à défaut, de ne pas leur être opposables : mais il est impossible de ne pas reconnaître à ces actes et jugements, leur valeur intrinsèque de reconnaissance formelle d'un droit préexistant.

Cette différence de nature, qui entraîne une différence dans les conséquences de la non-transcription de l'une ou de l'autre catégorie d'actes et jugements, explique la nécessité de deux articles séparés.

6. Annotation ou transcription des demandes en annulation, résolution, révocation ou rescision d'actes soumis à la transcription. — Parmi les actes et jugements qui doivent être transcrits figurent ceux qui ont pour effet de modifier ou d'éteindre un droit de propriété ou autre droit réel immobilier. Mais les effets des jugements, se reportant en principe à la date de la demande en justice, il importe de porter ces demandes à la connaissance des tiers qui peuvent avoir à traiter au sujet des immeubles qui en forment l'objet, afin de les prévenir que les droits de leur auteur peuvent éventuellement être modifiés ou éteints.

Le législateur égyptien n'a pas cru devoir renseigner le public à l'égard de ces demandes en justice : il a suivi purement et simplement le Code français, sans tenir compte des progrès faits par d'autres législations depuis sa promulgation, notamment par les législations italienne et belge.

Mais, sous l'influence des besoins de la pratique, dans ces dernières années, s'est développé l'usage de transcrire certaines actions en justice.

L'article 7 du projet mettra la législation égyptienne au niveau des législations plus récentes, qui répondent mieux aux nécessités des transactions immobilières, en prescrivant l'annotation ou la transcription des demandes en annulation, résolution, révocation ou rescision des actes soumis à la transcription.

En même temps, il a franchi une étape importante vers le système des Livres fonciers, dans lesquels la prénotation

est une nécessité absolue à l'effet de donner aux tiers un moyen de se mettre à l'abri d'un enregistrement qui pourrait compromettre irréparablement leur droit.

A un autre point de vue, la transcription des demandes dont il s'agit, présente un intérêt évident, c'est-à-dire qu'elle est utile non seulement pour renseigner les tiers sur les dangers auxquels ils s'exposent en traitant au sujet de l'immeuble litigieux, mais aussi pour permettre au demandeur d'invoquer le jugement qui sera rendu, sur sa demande, contre tout ayant droit du défendeur. La pratique des tribunaux a révélé un fait assez fréquent en Egypte et qui dérive de la coexistence des deux juridictions, la mixte et l'égyptienne. Il arrive, en effet, assez souvent que le demandeur, après avoir obtenu un jugement lui donnant gain de cause, se trouve en présence d'actes de disposition de l'immeuble litigieux consentis, par la partie adverse, au cours du procès, dans le but d'empêcher l'exécution de la décision à intervenir; ce fait se produit, notamment, à l'égard de décisions de la juridiction égyptienne aux fins de reporter l'affaire devant la juridiction mixte, et de tenter ainsi, une seconde fois, la fortune des litiges judiciaires.

Transcription ou annotation des demandes en revendication. — L'article 7 du projet soumet aussi à la nécessité de la transcription ou de l'annotation, les demandes en revendication.

Le nombre de ces demandes est vraiment extraordinaire, et constitue un des plus sérieux obstacles aux transactions immobilières : il est aussi à noter qu'elles ont fréquemment donné occasion à la manœuvre exposée à la fin du paragraphe précédent, à l'aide des cessions à des étrangers.

7. Contrôle des demandes vexatoires. — Une demande en annulation, résolution ou revendication pouvant être introduite, dans le but de créer des difficultés au sujet de droits réellement incontestables, et de mettre dans l'embarras le titulaire, pour le contraindre à consentir, au demandeur, un avantage quelconque, l'article 9 du projet dispose, que toutes les fois que les demandes dont il s'agit paraîtront introduites dans un but vexatoire, la partie intéressée pourra se pourvoir devant le juge des référés, pour obtenir la radiation de l'annotation ou de la transcription.

8. Annotation des jugements sur les susdites demandes. — Il importe de porter à la connaissance du public le résultat final des demandes en annulation, résolution ou revendication qui ont été annotées ou transcrites.

A cet effet, l'article 10 du projet dispose :

« Les jugements rendus sur les demandes visées à l'article 7 seront annotés, en leur dispositif, à la suite de l'annotation ou en marge de la transcription de la demande. »

9. Effets de l'annotation ou transcription des demandes. — Quels sont les effets de l'annotation ou transcription des demandes dont il s'agit.

Ils correspondent naturellement au but en vue duquel la transcription est ordonnée. Toute personne, avant d'acquérir un droit réel sur un immeuble doit, au préalable, vérifier s'il est libre de toute charge après la transcription de la demande, il n'est pas possible à un acquéreur ou à un créancier hypothécaire d'échapper au dilemme suivant : Ou il a négligé de se munir du certificat hypothécaire, et, dans ce cas, il doit supporter les conséquences de

sa négligence, ou il a requis le certificat, et dans ce cas, si, malgré la connaissance du procès, il s'est décidé à l'acquisition ou au prêt, il l'a évidemment fait à ses risques et périls. Le jugement qui interviendra lui sera opposable.

C'est pourquoi le premier alinéa de l'article 12 du projet dispose que l'annotation ou transcription des demandes visées à l'article 7 a pour effet que le droit du demandeur, s'il est constaté par un jugement régulièrement annoté, devient opposable aux tiers acquéreurs et aux créanciers hypothécaires dès la date de l'annotation ou transcription de la demande.

10. Droits acquis par les tiers avant l'annotation ou la transcription des demandes. — Mais la question des conséquences de la non-annotation ou non-transcription des demandes, est bien autrement grave. Il est évident que le défaut d'annotation ou de transcription de la demande d'annulation, de résolution, de revendication ne saurait, en principe, modifier la portée du droit que la demande vise à faire consacrer. De ce que l'annotation ou la transcription de la demande rend le jugement à intervenir opposable aux tiers acquéreurs ou créanciers hypothécaires, on ne peut pas conclure, par argument *a contrario*, que, à défaut d'annotation ou de transcription, le jugement ne leur sera opposable en aucun cas. Pour le prétendre, il faudrait pouvoir reprocher à la personne qui a le droit d'attaquer l'acte ou revendiquer l'immeuble, une faute, une responsabilité quelconque pour avoir retardé à exercer son droit, ce qui ne se vérifie pas dans la plupart des cas. La portée du droit du demandeur doit être déterminée, c'est-à-dire la question de savoir si l'annulation ou la résolution produira

ses effets vis-à-vis des tiers, doit être appréciée d'après le caractère et le fondement de l'action intentée.

Le Comité n'a pas cru devoir entrer dans cet examen, qui l'aurait porté à réviser toute la matière des effets vis-à-vis des tiers de l'annulation ou résolution des contrats, ce qui l'aurait écarté, sans nécessité, du but pour lequel il a été institué.

C'est pourquoi, pour ce qui concerne la situation juridique des créanciers hypothécaires et des acquéreurs antérieurs à l'annotation ou à la transcription des demandes dont il s'agit, le second alinéa de l'article 12 du projet dispose purement et simplement : « Les droits acquis par les tiers antérieurement à la susdite annotation ou transcription, restent régis par les dispositions et principes alors en vigueur. »

Ces dispositions sont celles des articles 27, 28, 179, 311, 332, 413, 337, 551 et 620 du Code civil. Dans tous les cas, le législateur a protégé les créanciers hypothécaires, en disposant que la nullité ou la résolution du contrat ne préjudicie pas à leurs droits : dans certains de ces articles, le législateur fait mention des acquéreurs; quelquefois il exige expressément la bonne foi des tiers, en la laissant sous-entendre dans les autres. Le projet a toutefois complété ces dispositions, et les a mises en harmonie avec le système général de la transcription en les rendant non applicables aux créanciers hypothécaires et aux acquéreurs postérieurs à l'annotation ou à la transcription des demandes.

Quant aux actions dont le Code n'a pas réglé les effets vis-à-vis des tiers (comme l'action paulienne et l'action en simulation qui figurent en si grand nombre sur les rôles d'audience des tribunaux), elles resteront régies par les principes de droit tels qu'ils ont été reconnus et appliqués

par la jurisprudence, sauf l'application du premier alinéa de l'article 12.

11. Sanctions spéciales en cas de non-transcription des demandes. — Le Comité spécial ayant à l'origine prévu une sanction spéciale pour assurer l'observation des prescriptions de l'article 7; il était, en effet, stipulé à l'article 9, premier alinéa, du projet du Comité spécial, que : « Les tribunaux ne donneront suite aux demandes visées à l'article 7 qu'après avoir constaté l'accomplissement de ces formalités. » Le Comité consultatif de législation a estimé qu'il était difficile de concilier cette disposition avec le second alinéa du même article devenu l'article 9 du projet ci-joint et qui reconnaît le droit de recourir en référé pour obtenir la radiation de l'annotation ou de la transcription d'une demande considérée comme introduite dans un but vexatoire. Le juge des référés aurait été amené à statuer en réalité sur le fond même du litige, ce qui est contraire aux principes jusqu'ici reconnus de la compétence du juge des référés dont les décisions ne peuvent préjuger le fond. Cette modification a reçu l'approbation du Comité spécial.

Le projet du Comité spécial contenait également un autre moyen d'obliger les parties à annoter ou transcrire leurs demandes. L'article 10, alinéa 2, stipulait, en effet, que : « Le greffier ne délivrera aucune expédition exécutoire des dits jugements avant de s'être assuré qu'ils ont été annotés conformément à l'alinéa précédent. »

Or, la suppression de l'article 9, 1^{er} alinéa, auquel il vient d'être fait ci-dessus allusion, impliquait logiquement la suppression du second alinéa de l'article 10. Le Comité consultatif de législation a été amené pour les raisons ci-dessus indiquées à substituer au système obligatoire

recommandé par le Comité spécial, le système facultatif en considérant que les effets prévus par l'article 12, premier alinéa, seraient suffisants pour déterminer les parties à donner la publicité voulue à leurs demandes en justice.

12.

13. Forme des actes à transcrire. Identification des personnes. Individualisation des biens. Formule. Contrôle du juge de service. — Le Comité a arrêté son attention sur la forme des actes présentés à la transcription. La plupart de ces actes sont de simples chartiehs (actes sous seing privé) très mal rédigés par les parties, assistées d'écrivains dépourvus de toute connaissance professionnelle : notamment deux éléments essentiels de tout acte de mutation immobilière, la désignation des parties et celle des immeubles laissent beaucoup à désirer.

Il est vrai que l'identification des personnes présente, en Egypte, des difficultés particulières pour les Egyptiens, difficultés accrues par le fait que le nombre des prénoms individuels est très restreint. Mais, c'est là une raison de plus, pour chercher par tous les moyens à écarter, dans la mesure du possible, les causes d'équivoque.

Quant à l'individualisation des immeubles, il importe de relever que la tentative de faire un index des parcelles objets de transactions immobilières, en deux villages pris au hasard, à laquelle s'est livrée la Commission des livres fonciers, a donné les résultats les plus décourageants. Il suffira de dire que dans 37 pour cent des chartiehs examinés, il n'y a pas eu moyen de déterminer l'emplacement des parcelles au delà du hôte dont elles font partie, et dans 22 pour cent il n'a pas même été possible d'identifier le hôte.

Le meilleur moyen d'assurer une bonne rédaction des actes, en même temps que leur authenticité, est certainement le recours à un officier compétent, ayant les connaissances et présentant les garanties nécessaires, savoir : au ministère d'un notaire.

Mais, l'organisation du notariat en Egypte, où il n'existe pas, soulève des questions particulièrement délicates, et présente beaucoup de difficultés, parmi lesquelles le côté financier n'est pas à dédaigner. En attendant le remède radical, le Comité s'est préoccupé d'aviser aux moyens d'atténuer, sinon d'éliminer entièrement, les inconvénients révélés par l'expérience, et qui ne peuvent être tolérés plus longtemps.

Dans cet ordre d'idées, l'article 3 du projet prescrit les mentions que les actes de mutation immobilière doivent contenir pour l'identification des parties, et l'individualisation des biens; et pour faciliter l'observation des prescriptions de la loi, l'article 4, alinéa 2, prévoit pour les actes principaux et les plus fréquents, l'usage de formules imprimées qui seront mises à la disposition des intéressés.

Lorsqu'un acte sous seing privé présenté à la transcription ne contiendra pas les indications prévues par l'article 3 de la loi, il y aura lieu d'en référer au juge de service qui n'autorisera la transcription que si le requérant fournit des raisons suffisantes justifiant de l'impossibilité de fournir toutes les indications requises. Pour sauvegarder les droits des parties l'acte recevra au registre des requêtes un numéro d'ordre provisoire qui tombera si le juge de service estime que l'acte ne peut être transcrit en la forme où il est présenté.

14. Législation des signatures ou cachets. — Actuellement, tout acte sous seing privé peut être présenté à la transcription sans besoin que la signature ou le cachet des parties soit légalisé. Il en est résulté qu'un certain nombre de transcriptions ont été opérées sur la base d'actes faux. Pour obvier à ce grave inconvénient, l'article 5 du projet prescrit, à l'exemple des législations française et italienne, la garantie de la légalisation des signatures ou des cachets.

15. Décentralisation des bureaux hypothécaires actuels. délégations dans les provinces. — Il n'était pas possible d'imposer aux parties l'obligation de la transcription suivant le système prévue par l'article 1^{er} de la loi, sans, en même temps, leur fournir des facilités pour la transmission des actes aux divers bureaux des hypothèques. En effet, les registres de transcription pour les actes sous seing privé qui sont les plus nombreux n'ont pas été organisés dans les greffes des tribunaux égyptiens et les bureaux mixtes se trouvent concentrés dans les trois villes d'Alexandrie, du Caire et de Mansourah, avec, pour le greffe du Caire, une circonscription s'étendant non seulement à toutes la Haute-Egypte, jusqu'à Assouan, mais aux Moudirihs de Menoufieh et de Galoubieh. L'intention est d'établir dans les provinces, des délégations des bureaux hypothécaires mixtes qui seraient chargés de recevoir les actes sous seing privé à transcrire, de les taxer, et, après leur passation au registre des requêtes, de les transmettre au bureau central des hypothèques où ils seraient mis en liasse et répertoriés. Il appartiendra au Gouvernement de prendre, d'accord avec la Cour d'appel mixte, les mesures nécessaires pour assurer cette décentralisation partielle des bureaux hypothécaires mixtes.

16. Cession et dation en gage de créances privilégiées ou hypothécaires. Cession de rang. Subrogation. — Le Comité spécial des Livres fonciers a cru devoir profiter de l'occasion offerte par le projet sous examen, pour régler la situation des tiers, au point de vue des cessions ou dations en gage de créances privilégiées ou hypothécaires, de la subrogation légale ou conventionnelle à de telles créances et les cessions de rang hypothécaire.

L'article 349 du Code civil dispose que la propriété du droit de créance est transmise vis-à-vis des tiers par la notification du transfert au débiteur cédé ou par l'acceptation du cédé dans un acte ayant date certaine.

Mais lorsque la cession a pour objet une créance privilégiée ou hypothécaire, les tiers qui acquièrent un droit sur l'immeuble frappé du privilège ou de l'hypothèque dans l'ignorance de la cession, pourraient traiter avec le cédant. Pour se prémunir contre un tel danger, le cessionnaire de pareilles créances doit porter la cession en sa faveur à la connaissance des tiers, par une annotation en marge de l'inscription ou de la transcription originaire.

C'est ce que dispose l'article 13 du projet, suivant l'exemple de la loi belge du 16 décembre 1851, et de divers projets italiens.

17. Non-rétroactivité de la loi. — L'article 14 du projet consacre le principe de la non-rétroactivité de ses dispositions, aussi bien pour ce qui concerne les actes sous seing privé que pour ce qui concerne les jugements. Cependant on ne pouvait permettre que, à l'aide d'antidates, on eût pu continuer à présenter à l'enregistrement des actes ne répondant pas aux conditions prescrites par la nouvelle loi, ou prétendre de régler les effets des actes réellement passés,

après sa promulgation, d'après la loi ancienne. La nécessité de prescrire que l'antériorité des actes sous seing privé fut garantie, par la date certaine, s'imposait. Cette date certaine pourrait être donnée dans le délai fixé pour la mise en vigueur de la loi.

18. Mesures pour améliorer la tenue des registres. — En vue de remédier aux imperfections des formes actuelles de la tenue des registres de transcription et inscriptions y compris les répertoires, le projet dispose à l'article 15 que le ministère de la Justice d'accord avec la Cour d'appel mixte pourra déterminer, par arrêté, des méthodes plus simples et plus appropriées.

19. Dates de l'entrée en vigueur de la loi. — Il est prévu que la loi entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1924 parce qu'il est plus commode de déterminer dans la loi même la date de son entrée en vigueur et de ne pas faire dépendre cette entrée en vigueur de la date de la publication au *Journal Officiel* qui est toujours incertaine. Mais l'intention est de prévoir un délai d'environ six mois entre la publication au *Journal Officiel* et l'entrée en vigueur de la loi.

20. Procédure à suivre pour rendre la loi applicable aux étrangers. — Les améliorations au système actuel des transcriptions contenue dans le projet ci-annexé n'excèdent nullement les pouvoirs confiés à l'Assemblée législative de la Cour d'appel mixte par le décret du 11 novembre 1911 (loi n^o 17 de 1911), modifiant l'article 12 du Code civil mixte.

En effet, les pouvoirs de la dite assemblée ne sont circonscrits que par le devoir de respecter les privilèges capitulaires et de ne pas déroger aux dispositions du

règlement d'organisation judiciaire. Or, les dispositions du projet ne constituent que de simples modifications au Code civil mixte que le Corps de la magistrature avait déjà qualité d'approuver aux termes de l'ancien texte de l'article 12 avant l'extension de ses pouvoirs législatifs.

Le projet ne touche en aucune façon à l'ordre des juridictions, et a évité d'aborder la matière de l'organisation d'un notariat officiel et des conservations, précisément pour ne pas soulever, dans cette première étape, des discussions qui pourraient provoquer des divergences d'opinion, et retarder la réalisation d'une réforme urgente et réclamée par la presque unanimité des intéressés.

Le projet ci-joint a été effectivement approuvé par l'Assemblée législative mixte, le 30 mars 1923.

Le ministère de la Justice a, en conséquence, l'honneur de transmettre le présent projet de loi au Conseil des ministres, en le priant, s'il l'approuve, de bien vouloir le soumettre ensuite à la Haute Sanction de Sa Majesté le Roi.

Le Caire

Le Ministre de la Justice.

INTRODUCTION

Parmi les questions relatives à la législation foncière, celle qui concerne la publicité des mutations immobilières est, sans conteste, l'une des plus importantes et des plus difficiles.

C'est un champ d'exploration qui, quoique déjà bien parcouru, ne reste pas moins d'une actualité brûlante. Si, donc, nous n'avons pas craint de nous y aventurer, c'est qu'il nous a semblé que les difficultés, qu'a fait surgir l'application pratique de nos lois n^{os} 18 et 19 du 26 juin 1923 sur la transcription, étaient encore entourées d'une obscurité regrettable et que le rôle de ces lois n'était pas exactement déterminé. Sans doute cela tient à la difficulté des recherches à faire. Néanmoins nous nous sommes efforcé de fixer d'une façon plus précise qu'on ne l'avait fait jusqu'à ce moment l'influence de la transcription dans la matière essentielle où la loi de 1923 trouve à s'appliquer et où l'exacte interprétation qu'il convient de donner à ces termes paraît la plus délicate : celle du contrat de vente.

La loi du 26 juin 1923, parfaitement claire, simple et facile en théorie, s'est, avec le temps et les applications pratiques, et peut-être aussi avec la subtilité des commentateurs, hérissée de difficultés imprévisibles.

Notre travail a essentiellement pour but de montrer l'influence exercée par les principes de la nouvelle loi sur le

contrat de vente. Nous traiterons du caractère juridique de la vente et de ses effets entre les parties et à l'égard des tiers.

Nous n'avons pas pour but d'entrer dans les détails de toutes les modifications apportées par la nouvelle loi. Ces modifications ont déjà fait l'objet de plusieurs études, qui ont été savamment élaborées par nos meilleurs commentateurs. En revanche, il nous a semblé qu'il y avait sur la question de l'influence de la loi nouvelle sur le fonctionnement pratique du contrat de vente un sujet d'étude aussi intéressant qu'utile, d'autant plus que la législation de notre pays diffère des autres législations sur la matière. En faisant dépendre le transfert de la propriété immobilière, même entre les parties contractantes, de l'accomplissement de la formalité de la transcription, ainsi qu'en maintenant à la vente son caractère consensuel et en lui conférant le pouvoir de produire des obligations personnelles entre les parties, avant toute transcription, notre législation présente, par là-même, des caractéristiques, aussi originales qu'intéressantes, qui méritent certainement d'être étudiées et mises en relief.

Certes, nous ne prétendons pas apporter une formule inédite, ni frayer une voie nouvelle. Notre objectif n'est pas de faire mieux que nos devanciers, mais de faire autrement. Nous avons essayé de préparer une synthèse sur le sujet qui nous occupe, de manière à grouper toutes les questions qui s'y rapportent, de loin ou de près, tout en essayant de mettre en relief les principes de la nouvelle loi.

Nous aimons à penser que ceux qui ont écrit sur la publicité des mutations immobilières¹ ne s'offenseront ni de

1. V. Abd. Elsalem Zohny Bey : *De la transcription*, 1926. Salib Samy Bey; Elmohamah 1928, n^{os} 6 et 7, p. 641 et s.; Nagib Elhilaly Bey : *Les*

l'indépendance de notre critique à l'égard de certaines de leurs idées, ni de la franchise de notre adhésion aux idées contraires. La reconnaissance que nous gardons à ceux qui ont ouvert la voie à notre recherche ne nous dispense pas d'apporter nous-même notre contribution personnelle à l'édifice, en toute objectivité.

Contrats, t. I, p. 279 et s.; Kamel Morsy Bey : *La propriété et les droits réels*, t. II, 3^e éd., p. 251 et s.; et un article très intéressant, *Revue Elkhannoun wa Elekhlessad*, 1933, n^{os} 3 et 4, et 1934. n^{os} 1 et 2.

TITRE PRELIMINAIRE

LES DIFFÉRENTS SYSTÈMES DE PUBLICITÉ DES MUTATIONS IMMOBILIÈRES

1. — La question de publicité est trop connue pour que nous croyions nécessaire d'en reprendre longuement l'étude historique et comparative. Cependant, il nous semble indispensable, pour dégager les traits caractéristiques, ceux qui donnent à notre système son originalité et sa physionomie propre, de passer en revue les différents systèmes actuels.

2. — Aujourd'hui, la publicité des mutations immobilières est une institution générale, dont le principe n'est plus discuté, ni l'utilité contestée. La raison de son application réside dans le désir, toujours plus grand, du législateur, de fournir à la propriété immobilière une base inébranlable, aux propriétaires la plus grande sécurité possible et au crédit réel une garantie efficace.

3. — Les diverses lois foncières qui se proposent ce but peuvent être ramenées à deux systèmes distincts, procédant de principes essentiellement opposés :

1^o Le système des livres fonciers ;

2^o Le système français, qui consacre le principe du transfert de la propriété immobilière, entre les parties, par la simple convention.

Nous traiterons, dans deux chapitres, de l'un et de l'autre de ces systèmes. Un troisième chapitre sera consacré au système adopté par le législateur égyptien.

CHAPITRE PREMIER

LE SYSTEME DES LIVRES FONCIERS

4. — Le système des livres fonciers doit son apparition à cette campagne triomphante, que sir Robert Torrens commençait, à la fin de 1856, dans l'Australie du Sud et qui, de conquête en conquête, devait porter son système jusqu'aux extrémités du monde. En effet, c'est en 1858 que fut promulguée la loi à laquelle le nom de son auteur est resté si justement attaché, mais dont le véritable titre est « The Real Property Act ».

5. — Cette loi initiale sur la question fut suivie, en Irlande, par la loi de 1865, qui mettait en vigueur les principales dispositions de l'Act Torrens. Avant même la promulgation de cette loi, en 1862, fut voté en Angleterre l'Act de Lord Westbury, qui fut renforcé quelques années après, en 1875, par la promulgation de l'Act du Chancelier Lord Cairn. Ces deux lois successives avaient pour but de permettre aux populations anglaises de mettre leurs domaines sous un régime analogue à celui de l'Act Torrens. Mais il faut reconnaître que ces tentatives législatives échouèrent presque complètement. L'adoption du régime nouveau étant facultative, presque personne ne demanda à en bénéficier.

6. — Mais le système Torrens a obtenu ailleurs un succès

mérité. Il a gagné successivement : la Nouvelle-Zélande, les îles Fidji, la Colombie britannique, etc...

A ces législations, sont venues s'ajouter, en 1872, les remarquables lois prussiennes.

Quelques années après la mort de sir Robert Torrens survenue en 1884, le système de l'Act Torrens s'est implanté en Afrique, d'abord en Tunisie, par la loi tunisienne du 1^{er} juillet 1885, ensuite en Algérie d'après le projet qui fut élaboré en 1886 par M. Tirman, Gouverneur général, et qui a été remanié par la Commission sénatoriale d'études d'Algérie en 1893. Le même système a pris pied aussi en Asie, à Singapour.

7. — Il est ainsi permis de conclure que ce système Torrens est devenu la loi organique de la propriété foncière dans tous les pays neufs. Il faut noter que toutes ces législations, si elles diffèrent par quelques détails, sont toutes d'accord sur les principes fondamentaux du système.

8. — Nous n'avons pas l'intention de pénétrer dans les détails propres à chacune de ces législations; ce serait nous éloigner du sujet de notre étude¹. Nous voulons simplement tracer les lignes fondamentales, les traits caractéristiques qui donnent au système des livres fonciers son empreinte spéciale, ses caractères distinctifs.

Nous étudierons donc dans deux sections successives, d'abord la forme du livre foncier, ensuite la transmission de la propriété.

1. V. Gide (Charles) : *Mélanges. Etude sur l'acte Torrens*. — Correvon : *L'Act Torrens*. — M. Challamet : *Etude sur le Code civil allemand, Bull. législ. comparée*, 1888 et 1889. — Gide (Paul) : *La réforme hypothécaire en Prusse*. — M. Odier : *Les systèmes hypothécaires*. — Alban d'Hauthuille : *Révision du régime hypothécaire*. — Morel : *Les réformes foncières en Alsace-Lorraine*, 1922. — Besson : *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*.

SECTION I. — LA FORME DES LIVRES FONCIERS.

§ 1. *Organisation des livres fonciers.*

9. — 1^o **Composition et structure du livre foncier.**

L'inscription au livre foncier a, en vertu de l'Act Torrens, un *caractère absolument facultatif*. Mais une fois qu'un immeuble y est inscrit, l'inscription est exigée pour tous les droits qui peuvent affecter cet immeuble, à commencer par le droit de propriété.

On procède à l'immatriculation de la façon suivante : quand le Directeur de l'enregistrement reçoit une demande d'immatriculation remplissant toutes les conditions requises par la loi, il rédige *deux certificats* parfaitement identiques. Chacun d'eux doit contenir la description de l'immeuble, des droits dont on réclame l'enregistrement ; et, au verso de chaque feuille, il doit inscrire toutes les charges réelles qui grèvent l'immeuble et qui doivent être déclarées par le requérant.

L'un de ces deux certificats est conservé par le Directeur et déposé aux archives. Il forme désormais, réuni aux autres certificats qui sont délivrés par le même bureau, le folio numéroté, sorte de registre qui n'est autre chose que le grand livre foncier.

L'autre certificat est remis au propriétaire, pour lui servir de titre de propriété. Cette remise entre les mains du propriétaire d'un titre, qui est la véritable représentation de sa propriété, facilite la transaction. C'est là aussi, la disposition fondamentale de l'Act Torrens, qui fait son originalité et le distingue du régime allemand.

En Allemagne, où l'inscription dans le « Grundbuch »

est obligatoire, on se contente de la formalité de l'enregistrement. Il faut donc se livrer à des recherches et à des écritures plus ou moins longues et dispendieuses. Les recherches sont aussi rendues plus pénibles quand on a besoin de feuilleter ces tables volumineuses, qui composent le registre de la propriété foncière.

Par contre, la rédaction en duplicata rend les recherches promptes et aisées; puisque chaque certificat porte le numéro du volume et du folio matricule où se trouve inséré le certificat correspondant dans le registre matrice.

10. — L'Act Torrens consacre le système de la *publicité réelle*, c'est-à-dire l'établissement d'un grand livre foncier dans lequel un compte se trouve ouvert, non point à chaque propriétaire, mais à chaque domaine.

Chaque feuille est consacrée à un immeuble; ou plus précisément à un domaine spécial. Elle porte pour titre le nom du domaine; elle en contient et la description et l'histoire; elle en relate aussi les accroissements et les diminutions. Toute parcelle acquise et ajoutée au domaine est portée sur la feuille, ainsi que toute parcelle aliénée et distraite du domaine. En un mot, chaque domaine constitue une unité foncière¹.

Mais dans les parties de l'Allemagne, où la propriété foncière est plus fractionnée, on trouve à la place de ce système des feuilles réelles, celui des feuilles personnelles (*Personalfolien*). Celui-ci consiste en un registre tenu par noms de propriétaires. On réunit sur une même feuille les divers immeubles appartenant au même propriétaire. Le chapitre, suivant l'expression de la loi, porte pour titre le nom du propriétaire. L'immeuble n'apparaît, à l'encontre du sys-

1. V. Paul Gide, *op. cit.*, p. 61, modèle I.

tème du feuillet réel, qu'au second plan¹. Ainsi, ce n'est que grâce aux renvois du cadastre au livre foncier qu'on peut retrouver l'immeuble, dans ce livre, sans en connaître le propriétaire.

Ce système se trouve appliqué aux provinces rhénanes, ainsi qu'à la cerclée du Rhin en Bavière². On a reconnu que l'établissement du système des feuilles réelles dans ces pays entraînerait d'immenses dépôts de registres et d'actes et, par conséquent, une énorme dépense, à cause du morcellement de la propriété.

Ce système représente le double désavantage de ne procurer aux intéressés qu'une publicité moins complète et de nécessiter des écritures plus compliquées. Si la division de la propriété continue à se propager en Allemagne, ce système, aujourd'hui exceptionnel, risquerait de devenir général.

11. — 2^o **Rapports entre les livres fonciers et le cadastre.**

Le livre foncier se trouve étroitement lié au cadastre; celui-ci est, en quelque sorte, le complément de celui-là. Une exacte concordance entre ces deux registres se trouve assurée par les moyens suivants :

1^o Les indications du livre foncier sont empruntées au cadastre; elles en sont soit la reproduction, soit le résumé³. Comme les deux livres sont établis pour les mêmes circonscriptions territoriales, et que souvent leurs bureaux de conservation se trouvent dans la même localité, il sera aisé aux intéressés de se reporter de l'un à l'autre. Pour chaque

1. Paul Gide, *op. cit.*, p. 65, modèle II.

2. Alban d'Hautuille, *op. cit.*, p. 41. — Pierre Robitaille, *La publicité des transmissions de propriété*, Paris, 1929, p. 22.

3. Art. 4 de la loi sur les livres fonciers du 5 mai 1872.

immeuble, le livre foncier renvoie au numéro et à la feuille cadastraux concernant cet immeuble; et le cadastre renvoie de son côté aux feuillets et pages correspondants du livre foncier.

Ce lien étroit entre le livre foncier et le cadastre a pour avantage de faciliter les recherches. Il a encore l'avantage de permettre soit la reconstitution du livre foncier en cas de perte, grâce au cadastre, soit, vice versa, la reconstitution du cadastre en cas de destruction.

2^o Chaque année, l'administration du cadastre est obligée d'envoyer au juge conservateur du livre foncier un état des changements matériels (constructions, destructions ou dégradations), subis par les immeubles de la circonscription¹; ainsi que des changements de valeur (augmentation ou diminution des revenus imposables).

Une obligation semblable devra être assumée par le juge conservateur, qui doit, de son côté, au commencement de janvier, envoyer à l'administration du cadastre un état des mutations immobilières dont les immeubles de la circonscription ont fait l'objet².

12. — 3^o Tenue des livres fonciers.

Ici encore, on se trouve en présence d'une différence importante entre le régime suivi par l'Act Torrens et celui conçu dans la loi prussienne de 1872.

Le trait original de l'Act Torrens en cette matière c'est qu'il est *métropolitain*, en ce sens qu'il concentre toutes les opérations relatives à l'enregistrement dans la capitale, où un bureau unique se trouve installé. Ce bureau unique a pour chef le directeur de l'enregistrement, qui se trouve

1. Instruction ministérielle du 16 août 1872, art. 19.

2. Règlement du 2 sept. 1872, art. 13.

entouré d'un certain nombre de collaborateurs, dont les plus importants sont *the examiners of titles*, des jurisconsultes qui ont pour fonction d'examiner les titres de propriété¹.

Cette concentration des opérations permet de les confier à des hommes plus compétents et par conséquent plus capables de les exécuter rapidement, mais sûrement. Les économies qu'elle permet de réaliser font beaucoup plus que compenser les frais de poste et télégraphes nécessités par l'éloignement.

En Allemagne, au contraire, il est établi un ou plusieurs livres fonciers pour chaque circonscription cadastrale². Dans chaque chef-lieu d'un ressort judiciaire, se trouve un bureau spécial pour la conservation de ces livres fonciers. Ce bureau se compose d'un juge conservateur, qui en est le directeur, d'un teneur de livres et d'un ou plusieurs secrétaires et employés, suivant l'importance des services exigés par le bureau³.

13. — 4^o Consultation et copie des livres fonciers.

Tous ceux qui peuvent justifier d'un intérêt juridique ont le droit de prendre connaissance des livres fonciers. Le conservateur délivre à toute personne, moyennant le paiement d'une taxe extrêmement modeste, des copies certifiées de tout acte enregistré concernant un immeuble soumis à l'inscription; ces copies font preuve en justice de ce qui est contenu dans l'original⁴.

1. V. Léon Estivant . *La propriété foncière dans l'Act Torrens*, thèse Paris, 1899, p. 114 et s.

2-3. Art. 1^{er} de la loi du 5 mai 1872, *op. cit.*, aussi art. 20.

4. Art. 121 et 122 de l'Act de 1862.

§ 2. *Formalités préliminaires.*

14. — 1^o **Conditions de l'inscription.**

L'Act Torrens, comme nous venons de le dire, a un caractère absolument facultatif. Tout propriétaire qui veut soumettre sa terre à ce régime doit au préalable en faire dresser le plan à une échelle déterminée par la loi, et le faire certifier par un arpenteur breveté¹. Il faut remarquer que ce plan est en général fort simple, la division des propriétés étant établie par un réseau de lignes géométriques.

Ceci fait, il rédige une déclaration indiquant son droit de propriété, ainsi que tous les droits et charges qui peuvent grever cet immeuble. A cet effet, il trouve des formules tout imprimées au bureau d'enregistrement².

Le propriétaire joint à cette demande un plan de l'immeuble et ses titres de propriété, et remet ou envoie ce dossier au *Registrargeneral*. Celui-ci va soumettre le dossier à l'examen des *Examiners of titles*, qui se livreront à la vérification des titres de propriété avec le plus de soin possible³.

Si les titres ne paraissent donner lieu à aucune contestation, le Registrar devra effectuer une publicité prévue par la loi, au moyen d'annonces et d'avertissements destinés à signifier à toute personne intéressée que, s'il n'y a pas d'opposition au bout d'un certain délai, le domaine sera définitivement placé sous le régime du *Real Property Act* et le titulaire en deviendra le propriétaire incontestable. Ce délai écoulé, on procède à l'immatriculation⁴.

1. V. art. 120 de l'Act Torrens.

2. V. L. Estivant, *op. cit.*, p. 34, formul. A.

3-4. V. art. 18 et 19 de l'Act Torrens.

La sécurité est donc assurée pour le propriétaire comme pour les tiers, et c'est là le grand desideratum de toute législation foncière.

En Allemagne, à cause du caractère obligatoire de l'inscription, cette immatriculation originale devait être faite d'office.

15. — 2^o Rôle du conservateur.

Nous venons de voir que l'Act Torrens attribue au Registrar, fonctionnaire chargé de l'enregistrement, des droits de vérification et des pouvoirs judiciaires. Il a tout à la fois *des attributions judiciaires et administratives*.

Mais c'est plutôt en Allemagne que le rôle du juge-conservateur prend toute son ampleur. Celui-ci est tenu, d'après la loi, de vérifier la validité, non seulement dans la forme, mais aussi au fond, de l'acte solennel d'investiture¹, avant de consentir à l'inscription. Il doit faire connaître au requérant les empêchements qui mettent obstacle à l'inscription (art. 46).

Mais le rôle du juge-conservateur se trouve beaucoup plus réduit en fait, qu'il ne l'est en apparence. Il n'a pas à s'occuper des vices qui peuvent affecter le titre qui a servi de base, soit à l'investiture, soit au consentement à l'inscription. Ce titre ne produisant par lui-même qu'un *simple droit de créance*, ses vices n'empêchent pas la transcription et n'autorisent pas le juge à s'en abstenir.

« L'aliénation, d'après la loi de 1872, ne résulte que d'un acte d'investiture et est indépendante des conventions qui ont pu précéder cet acte et le motiver. Par là, la vérification du juge-conservateur se trouve bien réduite et bien simplifiée : il n'a plus à s'enquérir que de l'acte d'investi-

1. V. *supra*, nos 28 et s.

ture (lequel s'accomplit devant lui) et non de la convention qui l'a précédé¹. »

L'examen du juge ne portera donc que sur les points suivants (art. 48) :

1^o La qualité du propriétaire chez l'aliénateur. Cette qualité sera justifiée par son inscription comme tel au livre foncier.

2^o La capacité légale d'aliéner.

3^o La possibilité d'aliéner l'immeuble. N'est-il pas un bien mis hors du commerce ?

4^o La capacité d'acquérir de l'acheteur.

Si toutes ces conditions sont remplies, le juge-conservateur devra recevoir la déclaration d'investiture ; car rien ne s'oppose à l'inscription immédiate de l'aliénation.

Toutes ces vérifications, minutieusement assurées par une personne parfaitement compétente, trouvent leur raison d'être dans les grandes prérogatives que nous allons signaler, et qui résultent de l'inscription. Puisque la loi fait dépendre le droit de propriété de l'inscription, et qu'elle place en quelque sorte la fortune des propriétaires entre les mains des conservateurs, il s'ensuit que, pour être inscrit sur le registre qui le procure, il faut faire vérifier son titre par une autorité compétente, qui l'examine et décide si l'inscription doit avoir lieu. Il faut donc, pour que la fraude soit bannie de ce livre de bonne foi et que l'usurpation n'existe pas, qu'un juge public préside à l'autorisation de l'inscription d'où découlent des privilèges d'une si haute portée.

1. Gide, *La réforme hypothécaire en Prusse*, p. 41.

16. — 3^e Prénotation.

La convention d'aliéner n'opère pas par elle-même transfert de la propriété foncière¹, et celui qui a acheté un immeuble, tant qu'il n'a pas transcrit, n'a sur cet immeuble qu'un simple droit de créance. Ce droit de créance ne pouvant faire l'objet d'une inscription au livre foncier, inscription qui ne concerne que les droits réels, quel moyen la loi a-t-elle mis à la disposition de l'acheteur pour obtenir satisfaction du vendeur récalcitrant?

Dans ce cas, l'acheteur n'est pas complètement désarmé; son droit personnel, créé par l'effet du contrat passé entre lui et le vendeur, peut faire l'objet d'une prénotation, c'est-à-dire d'une réserve d'inscription pour l'avenir. Cette prénotation, qui n'exige point le consentement du débiteur, rend public, et par conséquent opposable aux tiers, le droit du créancier², et lui confère par là une sorte de caractère réel.

C'est, semble-t-il, ce système qui a inspiré au législateur égyptien son article 7, qui soumet à la formalité de la transcription (ou de l'annotation en marge) les demandes en annulation, résolution, révocation ou rescision, introduites contre un acte soumis lui-même à la transcription. Cet article va nous occuper assez longuement au cours de cette étude³; nous nous contentons ici de le signaler.

Nous saurons également que le tiers acquéreur, ayant cause d'un propriétaire inscrit, ne devrait pas avoir à s'inquiéter des actions immobilières qui sont intentées contre son auteur⁴. Mais il y a des cas où l'acquéreur doit subir

1. V. *supra*, n^o 32.

2. V. art. 9, 16, 22, de la loi sur le livre foncier, 5 mai 1872.

3. V. *supra*, n^o 000.

4. V. *supra*, n^{os} 17 et 25.

l'effet de ces actions ; ce sont justement quand elles ont été inscrites ou prénotées sur les registres avant l'aliénation.

Si alors une personne se prétend propriétaire légitime d'un immeuble inscrit sous le nom d'une autre, elle peut le réclamer et faire prénoter sa demande en justice, pour la rendre opposable aux tiers, sur le registre. Si sa prétention est jugée légitime, ce jugement, grâce à la précaution prise, *rétroagira jusqu'au jour de la prénotation* ; autrement dit, le propriétaire sera dégagé de tous les droits qui auront été inscrits postérieurement. Mais il sera, par contre, tenu de respecter tous ceux acquis sur l'immeuble avant la prénotation. Ce système ne connaît que ce qui s'est manifesté par la publicité, ce qui est révélé aux yeux du public.

§ 3. *Force probante de l'inscription.*

17. — La publicité est requise, dans le système des livres fonciers, comme un droit substantiel ; c'est, par conséquent, cette publicité même qui *fait naître la propriété*. Il n'y a que celui qui est inscrit sur le grand livre foncier qui puisse être réputé propriétaire. Quiconque achète d'une personne non inscrite, achète *a non domino* et ne sera propriétaire en aucune façon.

Si celui qui est inscrit n'est pas le *verus dominus*, il transmet néanmoins le droit de propriété à celui qui contracte avec lui, en ignorant la fausseté de son inscription. Tant qu'il est inscrit, les tiers sont autorisés à croire à l'existence de son droit de propriété, et à le considérer comme le véritable maître de l'immeuble. Celui qui traite avec lui de bonne foi acquiert légitimement la propriété, tant que le droit du tiers ne lui aura pas été révélé par une prénotation.

L'annulation de l'inscription ne nuira donc point aux tiers qui, sur la foi de l'inscription, et avant toute prénotation, auraient acquis sur l'immeuble des droits à titre onéreux et de bonne foi¹.

« Une inscription fausse, et qui résulte d'une méprise du conservateur, dit l'exposé des motifs, ne peut conférer la propriété : une personne ainsi inscrite n'est qu'un faux propriétaire. Sans doute l'intérêt public exige que cette inscription fasse foi et que, par conséquent, les droits cédés par ce faux propriétaire soient inattaquables. Mais cette foi due à l'inscription ne saurait être invoquée par celui-là même qui en connaît la fausseté² ». Il est à remarquer ici, que la question de bonne foi n'est pas étrangère au droit égyptien. Nous allons la traiter longuement³.

Au cas d'inscription erronée, la responsabilité des fonctionnaires attachés à la conservation des livres fonciers se trouve engagée, mais d'une façon *subsidaire*, c'est-à-dire dans le cas où la partie lésée ne peut pas se faire indemniser autrement.

L'insolvabilité du fonctionnaire fautif est *garantie par l'Etat* (art. 29 de la loi prussienne).

« La loi fait dépendre le droit de propriété de l'inscription, dit l'exposé des motifs pour justifier cette responsabilité; elle place en quelque sorte la fortune du propriétaire entre les mains des conservateurs; il est juste qu'en revanche elle garantisse pleinement la propriété contre les fautes que les conservateurs pourront commettre. »

Pour établir l'ordre de préférence entre plusieurs inscriptions prises en même temps, le juge conservateur doit noter,

1. V. art. 9 de la loi sur le livre foncier du 5 mai 1872.

2. V. Gide (Paul), *op. cit.*, p. 13.

3. V. nos 202 et s.

non seulement le jour de la présentation, mais aussi le moment exact, c'est-à-dire l'heure, et, autant que possible, la minute (art. 45 de la loi prussienne).

Il s'ensuit de là que l'ordre de préférence entre les droits réels établis sur le même immeuble dépend de l'ordre de l'inscription, qui dépend à son tour de l'ordre dans lequel les demandes ont été présentées au conservateur. Les inscriptions portant la même date viennent suivant leur rang au livre foncier (art. 17).

SECTION II. — LA TRANSMISSION DE LA PROPRIÉTÉ.

18. — La manière dont s'acquiert la propriété immobilière, par le moyen de la convention, est conçue d'une façon différente dans l'Act Torrens et dans les lois prussiennes. Il faut donc traiter séparément l'une et l'autre de ces législations, en commençant par le système Torrens.

§ 1. *L'Act Torrens.*

19. — Sir Robert Torrens conçut l'idée d'appliquer à la vente du sol un système analogue à celui qui était en usage pour la vente des navires, système que les fonctions de directeur des douanes, qu'il avait exercées antérieurement, lui avaient rendu familier.

20. — La nécessité de l'*inscription comme condition de l'existence du droit* est posée dans l'Act Torrens (art. 63). Un acte translatif de propriété ou constitutif d'hypothèque ne produit ses effets qu'à partir de l'enregistrement.

21. — Quand un propriétaire veut vendre sa terre, il commence par rédiger un contrat de vente. Pour simplifier les transferts et diminuer les frais, l'*Act Torrens n'exige pas*

l'authenticité pour les actes translatifs. Les parties sont libres de rédiger elles-mêmes leur contrat de vente de la façon qui leur agréé le mieux. Mais, pour aider l'homme le moins instruit à faire lui-même ses affaires sans recourir au ministère d'un notaire ou d'un homme de loi, des formules tout imprimées, contenant les clauses les plus usitées dans les contrats de vente, se trouvent soit au bureau de l'enregistrement, soit dans des magasins de papeterie. Ces formules stéréotypées ne s'imposent pas; elles n'ont pour but que de faciliter la conclusion des contrats. Le propriétaire qui s'en sert remplit à la main les blancs, y appose sa signature et celle des témoins. Il joint à cet acte le certificat du titre, qui lui a été remis au moment de l'immatriculation de son immeuble au livre de la propriété foncière. Il les envoie au directeur de l'enregistrement.

22. — Sur le folio relatif à cet immeuble, le directeur de l'enregistrement opère l'inscription du contrat de vente. Il s'agit, et cela est à noter, d'*une inscription et non pas d'une transcription* de l'acte de transfert. Le directeur ne va donc pas se livrer à la copie intégrale de l'acte sur le registre public, mais à la reproduction de ses mentions essentielles : le nom de l'acheteur, le prix et autres indications. Il a soin d'inscrire aussi la date et l'heure de cette inscription.

23. — Le système de l'inscription ne nous est pas inconnu; le bordereau, en matière hypothécaire, n'est pas autre chose. Mais ce qu'il y a de plus remarquable dans l'Act Torrens, c'est le système de *l'annulation du titre du précédent propriétaire*. Au dos de son certificat de propriété, le directeur de l'enregistrement reproduit les mêmes mentions et procède à son annulation au moyen d'un timbre; il le classe ensuite au dossier.

24. — Une autre originalité, aussi intéressante que la précédente, va nous être offerte par la remise, entre les mains du nouveau propriétaire, d'un autre certificat contenant les mêmes indications que le certificat originaire, sauf, bien entendu, le changement du nom du propriétaire.

25. — Cette *délivrance d'un nouveau titre*, destiné à remplacer l'ancien, est donc le trait caractéristique de l'Act Torrens. Le titulaire de ce titre devient, dorénavant, le propriétaire incontestable de l'immeuble. Dès qu'il a vérifié que son auteur était inscrit comme étant le véritable propriétaire de l'immeuble vendu, aucune incertitude n'est à craindre sur la légitimité de son droit. Cette inscription, fût-elle même erronée, toute action en revendication de la part du propriétaire dépossédé n'en serait pas moins écartée. Même si son auteur avait obtenu cette *immatriculation par fraude*, le tiers acquéreur de bonne foi n'en serait pas moins à l'abri (art. 140).

26. — Au cas d'*erreur commise dans l'immatriculation*, la responsabilité pécuniaire de l'Etat, vis-à-vis du propriétaire dépossédé, se trouve engagée. Un *fond d'assurance*, obtenu moyennant un prélèvement insensible sur les droits d'enregistrement, est destiné à cet effet. Mais avant de s'adresser au fond d'assurance, la partie lésée doit avoir épuisé les autres moyens de reconquérir ses droits. Il lui faut donc intenter d'abord l'action contre celui par la fraude ou la négligence duquel l'erreur a été commise ou contre ses héritiers (Act de 1890, art. 126).

27. — Si maintenant nous cherchons à dégager les *traits caractéristiques*, ceux qui donnent au système du transfert conçu par l'Act Torrens son originalité et sa physionomie propres, il nous sera facile de les résumer dans les principes suivants :

1^o Absence de toute solennité dans la rédaction des actes et emploi facultatif des formules stéréotypées.

2^o Enregistrement exigé, non seulement pour rendre le transfert de propriété opposable aux tiers, mais même pour son efficacité entre les parties.

3^o Remise à tout propriétaire qui enregistre d'un certificat servant de titre absolu. Ce titre est renouvelé à chaque changement de propriétaire.

4^o Responsabilité pécuniaire, mais subsidiaire, de l'Etat vis-à-vis des ayants droit, en cas d'erreur ou de fraude commise à l'occasion d'une immatriculation.

§ 2. *La loi prussienne du 5 mai 1872.*

28. — Le droit allemand consacre le même principe que l'Act Torrens en matière d'aliénation volontaire; à savoir que la propriété d'un bien foncier n'est acquise que par l'inscription du transfert de la propriété. Mais le droit allemand reprend sa physionomie propre grâce à l'institution de l'*investiture*.

Comme dans l'ancien droit romain, la convention ne peut produire qu'une obligation personnelle d'aliéner. Un acte spécial est donc nécessaire pour que l'aliénation se réalise: la tradition en droit romain, l'*investiture* en droit allemand.

29. — Comment s'accomplit donc cette investiture?

Les parties doivent comparaître devant le « *Grandbuchrichter* », qui n'est autre chose que le conservateur du livre foncier et échanger devant lui une déclaration réciproque. *Le conservateur du livre foncier a le titre et le rang de juge.* Il consacre solennellement le droit de l'acquéreur.

30. — Cette formalité accomplie, elle doit être nécessairement suivie et *complétée par celle de l'inscription*.

« L'investiture, et l'inscription qui la suit, sont deux opérations inséparables l'une de l'autre, et constituent dans leur ensemble un seul acte juridique qui, comme la tradition autrefois, opère le transfert de la propriété. Dans l'investiture, ce sont deux parties qui expriment solennellement leur volonté réciproque d'aliéner et d'acquérir; dans l'inscription, c'est l'autorité judiciaire qui consacre et valide le consentement des parties¹. »

31. — Cette investiture officielle établit un lien de droit, non entre les personnes, mais entre la personne et la chose². La convention crée une obligation personnelle d'aliéner et lie, par conséquent, les parties contractantes. Il en résulte que celui qui, par suite d'une vente, d'un échange ou d'une convention quelconque, est en droit d'exiger l'investiture, c'est-à-dire l'acte solennel de transfert, peut agir par la voie d'une *action personnelle* contre son cocontractant³. Le jugement, en condamnant le propriétaire à consentir l'investiture, tiendra lieu d'investiture⁴.

32. — Mais faut-il encore pour que les parties soient liées entre elles par leur accord et que le cocontractant soit en droit d'exiger l'investiture, que leurs déclarations de volonté aient été faites *en justice ou devant notaire*; ou que l'ayant droit ait remis à l'autre partie son consentement à l'inscription, consentement répondant aux prescriptions de l'ordonnance sur les registres⁵.

1. Exposé des motifs du projet de 1771.

2. V. Etude de M. Challetmet sur le C. civ. all., *op. cit.*

3-4. Art. 2 et 3 de la loi du 5 mai 1872.

5. Art. 873 (C. civ. all.) et art. 331.

Cette institution de l'investiture, qui n'est autre chose qu'une aliénation consentie en justice, une *in jure cessio*, vient donc compliquer dans le Code civil allemand le mécanisme du transfert de la propriété et la rendre plus complexe que dans le système de l'Act Torrens.

33. — A part cette originalité du droit allemand, les deux législations se retrouvent dans le domaine commun qui réunit toutes les législations fondées sur le système des livres fonciers. C'est la publicité même qui fait le propriétaire; celui-là seul peut être réputé propriétaire qui est inscrit; et enfin quiconque achète d'une personne non inscrite, achète *a non domino* et n'est pas réputé propriétaire.

34. — Les aliénations ou constitutions de droits réels consenties par le propriétaire non encore inscrit, seraient nulles et resteraient nulles, lors même que le propriétaire se ferait ultérieurement inscrire. *L'inscription tardive n'aurait donc aucun effet rétroactif ou réparateur*¹.

35. — Par contre, si celui qui est inscrit n'est pas propriétaire légitime, il transmet néanmoins le droit de propriété à celui qui lui achète de bonne foi. Par cela seul qu'il est inscrit, les tiers ont été autorisés à le considérer comme le véritable maître de la chose, à traiter, par conséquent avec lui, et à acquérir légitimement de son chef. « Sans doute, dit l'exposé des motifs, l'intérêt public exige que cette inscription fasse foi et que, par conséquent, les droits concédés par le faux propriétaire soient inattaquables. »

1. Art. 5 de la loi du 5 mai 1878.

CHAPITRE II

LE SYSTEME FRANÇAIS

35. — Ce système ne va pas nous retenir aussi longtemps que le précédent. Nous estimons inutile d'insister sur des détails bien connus de tous. Nous nous bornerons donc à rappeler les principes fondamentaux et à tracer les lignes essentielles de ce système. Dans deux sections successives, nous étudierons le principe du transfert de la propriété entre les parties par la simple convention, puis la manière dont s'effectue la transcription.

SECTION I. — TRANSMISSION DE LA PROPRIÉTÉ PAR L'EFFET DU CONTRAT.

36. — Le système du Code civil, en ce qui concerne la transmission de la propriété par l'effet des contrats, a été l'objet d'une réforme dans la loi du 23 mars 1855 sur la transcription. Les lacunes de cette loi, qui n'avait pas donné pleine satisfaction aux besoins du crédit réel, ont été comblées par le décret-loi du 30 octobre 1935¹.

1. Troplong, *La vente*, n° 39; *La transcription*, n°s 142 et s. — Besson, *op. cit.*, p. 161 et s. — Aubry et Rau, t. II, p. 174 et s.; aussi 209 et s. — Laurent, XXIV, n°s 392-395. — Baudry et Saignant, n°s 640 et s. — Josserand, *Cours*, II, n° 1162. — Colin et Capitant, t. I, p. 967 et s., 8^e éd.; t. II, p. 467 et s., 7^e éd. — Dalloz, *Jurisprudence générale*, V^o Vente. — Capitant, *Cours de doctorat*, 1935-1936, p. 163 s.

I. Le Code civil.

37. — Le système adopté par le Code Napoléon, en présentant une originalité très intéressante, accomplit par là-même une réforme éclatante, qui eut pour effet de bouleverser tous les anciens principes sur la matière.

38. — Nous savons qu'en droit romain, la transmission d'une chose, du patrimoine de son propriétaire actuel à celui de l'acheteur, nécessitait la combinaison de deux opérations : la convention et le mode de transfert. La vente n'était que créatrice de l'obligation de transférer la propriété, assumée par le vendeur au profit de l'acheteur. Il fallait une nouvelle opération pour réaliser cette obligation, un acte juridique spécial qui était, soit un acte solennel, judiciaire, comme l'*in jure cessio*, ou extrajudiciaire, comme la mancipation, soit la simple tradition.

Cette distinction entre la convention, créatrice d'un simple droit de créance, et le transfert même de la propriété se retrouve, comme nous venons de le constater, dans le système des livres fonciers.

39. — Cette règle s'était conservée dans l'ancien droit français, mais avec quelques tempéraments. La tradition fictive, le constitut possessoire et la *traditio brevi manu*, qui ont rendu, dans bien des cas, cette opération symbolique sous l'empire du droit romain lui-même, ont été conservés par les anciens auteurs. La *clause de dessaisine-saisine*, par laquelle l'aliénateur déclarait se dessaisir de la propriété de la chose, et en saisir l'acquéreur, est devenue, dès le *xiv^e* siècle, une clause de style équipollente à la tradition. Loysel, au début du *xvii^e* siècle, proclame comme maxime générale que : « La dessaisine et saisine faite en

présence de notaire et des témoins vaut et équipolle à tradition et délivrance de propriété¹. »

Cette notion de la tradition fictive, représentée par l'insertion de la clause courante de la dessaisine-saisine dans le contrat de vente, a persisté jusqu'à la fin de l'ancien droit. Pothier l'affirme en ces termes : « Le principe du droit romain que le domaine de propriété d'une chose ne peut passer d'une personne à une autre que par une tradition réelle ou feinte de la chose est un principe reçu dans la jurisprudence²... »

40. — Il n'est donc pas étrange de constater que cette idée traditionnelle était encore présente à l'esprit des rédacteurs du Code civil. Portalis, dans l'exposé des motifs du titre relatif à la vente, s'exprime ainsi : « Il s'opère par le contrat une sorte de tradition civile qui consomme le transport des droits et nous donne action pour la tradition réelle. » Ceci explique la façon, en quelque sorte défectueuse, à mon avis, dont était rédigé l'article 1138 : « L'obligation de livrer est parfaite par le seul consentement des parties contractantes, *elle rend le créancier propriétaire* et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, *encore que la tradition n'en ait point été faite.* »

L'article 1583 sur la vente n'est qu'une application de cette idée nouvelle, une affirmation du principe de l'autonomie de la volonté : « La vente est parfaite entre les parties et la propriété acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé. »

1. V. ses *Institutes coutumières*, livre 5, titre 4, n° 1; sur la clause de dessaisine-saisine : Capitant, *Cours de doct.*, p. 161.

2. *Traité du domaine de la propriété*, n° 245.

Il avait donc fallu quelque mille ans, pour passer de la règle romaine au principe actuel. Mais le passage du principe ancien au principe moderne, comme le dit M. Planiol et comme nous venons de le constater, n'a pas été l'effet d'une réforme législative; il a été l'aboutissement d'une longue pratique antérieure¹.

41. — Il s'ensuit que, d'après le système du Code Napoléon, *les conventions de vente transfèrent la propriété, soit entre les parties, soit à l'égard des tiers*. La vente, une fois parfaite comme telle, rend l'acheteur propriétaire, indépendamment de toute formalité extrinsèque, et de tout acte d'exécution. Le vendeur ainsi dépouillé ne peut plus conférer aucun droit sur l'immeuble aliéné. Les tiers qui, dans l'ignorance d'une vente antérieure, ont contracté de bonne foi une autre vente avec le vendeur, en le considérant comme le propriétaire de l'immeuble, n'ont absolument aucun droit à opposer à l'acheteur; c'est l'application rigide, mais parfaitement logique, du principe juridique « *Nemo plus juris transfere potest quam ipse habet*² ».

42. — C'est ainsi que les conventions dont l'objet est de transférer la propriété d'un immeuble, opéraient cet effet, non seulement en ce qui concerne les parties contractantes, mais encore à l'égard des tiers, auxquels les conventions seraient opposables de leur nature. Seulement, il faut que la convention soit prouvée, d'après les règles établies en matière de preuve. Or, un acte ne prouve l'existence de la convention qu'il constate, à l'égard des tiers, que s'il a *acquis date certaine*.

1. Planiol et Ripert, t. I, n° 2591.

2. Troplong, *La vente*, n° 39; art. 111, 1138, 2182 C. civ.

II. La loi du 23 mars 1855.

43. — La loi de 1855, dont l'objet principal a été d'assurer le crédit foncier, a dérogé au principe ci-dessus posé, et a apporté au Code Napoléon de nombreuses modifications. Mais l'idée mère du Code Napoléon subsiste dans toute sa force; entre les parties et leurs ayants cause, la mutation de propriété reste toujours opérée par le seul accord des volontés. Toutes ces modifications ne concernent que les effets des conventions à l'égard des tiers; la mutation n'est désormais accomplie à leur égard que par l'accomplissement de la formalité de la transcription.

Le but essentiel de cette loi était donc de *protéger les tiers*, en consolidant la propriété immobilière au moyen d'une publicité donnée à certains actes entre vifs et à certains jugements, principalement aux actes à titre onéreux, translatifs de propriété immobilière. Ces actes ne sont point opposables aux tiers qui, ayant des droits sur l'immeuble, ont dûment publié les actes et les jugements dont ils sont l'objet, avant leur transcription¹. Le vendeur reste donc propriétaire par rapport à tous ceux qui n'étaient pas parties ou représentés au contrat; les droits par lui conférés à un tiers et dûment conservés sont opposables à l'acheteur, même antérieur en date, tant qu'il n'a pas encore fait transcrire son propre titre.

44. — Nous pouvons maintenant dégager de ces dispositions de la loi de 1855 combinées avec les règles du Code Napoléon sur notre matière, les *applications* suivantes :

1^o L'acheteur devient propriétaire de l'immeuble, vis-à-vis de son auteur et de ses successeurs universels, par le

1. V. art. 3 de la loi de 1855.

seul effet du contrat valable; il a, par conséquent, le droit de revendiquer l'immeuble contre le vendeur et ses héritiers et successeurs universels, sans avoir transcrit son contrat.

2° Son droit de propriété est aussi opposable, avant toute transcription et malgré les vœux contraires exprimés par certains auteurs, aux créanciers chirographaires du vendeur.

3° Le conflit entre deux acquéreurs successifs d'un même immeuble doit se résoudre exclusivement par l'antériorité de la transcription, sans égard à la date respective de leur titre d'acquisition.

4° La question de savoir si l'acquéreur doit ou non supporter une charge ou un droit réel (usufruit, servitude ou hypothèque) constitués sur l'immeuble, se résout également par l'antériorité de la transcription ou de l'inscription de ces droits. Si ces droits ont été dûment conservés, par une transcription ou une inscription prise avant que l'acquéreur ait transcrit son contrat de vente, ils seront valables, alors même qu'ils auraient été constitués depuis l'aliénation.

III. Les réformes accomplies par le décret-loi du 30 octobre 1935.

45. — La principale modification apportée par le décret-loi du 30 octobre 1935 étant d'exiger *la publicité des actes et jugements déclaratifs et des mutations par décès*, il se trouve par là-même hors du domaine de notre étude. Mais cette remarque faite, il n'est pas inutile de jeter un coup d'œil rapide sur la valeur juridique des autres réformes contenues dans ce décret.

Nous savons déjà que, suivant le système français, les actes sous seing privé sont admis à la transcription, aussi bien que les actes authentiques sans aucune formalité préalable. Or, le décret-loi exige pour ces actes *le dépôt aux minutes d'un notaire*, avant qu'ils soient admis à la transcription. Cette mesure semble avoir pour but de pousser les parties à consulter un notaire, avant de passer leur acte de vente¹. Mais elle ne comporte aucune sanction (loi de 1855, art. 2).

Nous savons aussi que, sous l'empire de la loi du 23 mars 1855, aucun délai n'était fixé pour la transcription. L'article 3 du décret a, au contraire, *fixé un délai* de quatre mois pour l'admission des actes entre vifs, à titre onéreux, à la transcription. Mais cette prescription, ne comportant pas non plus de sanction, est presque dépourvue de toute valeur juridique. D'abord, on ne peut pas admettre que le conservateur des hypothèques puisse refuser de faire la transcription si elle est requise après l'expiration du délai légal; le conservateur n'est pas juge de la validité de la transcription. Ensuite, le tribunal ne pourrait pas annuler une transcription tardive; la mutation de propriété résulte de l'acte qui a été passé.

Il faut donc conclure que la transcription, même tardive, reste efficace et peut être opposée aux tiers. Il faut, par conséquent, maintenir la règle de la priorité des transcriptions, et accorder la préférence à celui qui, le premier, aura fait transcrire.

« On arrive donc à cette conclusion décevante et inattendue qu'un texte rédigé d'une façon impérative n'a pourtant aucune sanction² ».

1. Jossierand, *D. H. Chron.*, 1936, p. 3.

2. Planiol et Ripert, *der. éd.*, p. 20 (Appendice) et la bibl., p. 15.

SECTION II. — ANALYSE DU MÉCANISME DE PUBLICITÉ
DES MUTATIONS IMMOBILIÈRES.

46. — C'est au système de la *publicité personnelle* que le législateur français a donné la préférence. Ce système a pour caractéristique de grouper les actes translatifs ou modificatifs de la propriété foncière, non pas autour de l'immeuble qu'ils affectent, mais sous le nom du propriétaire de cet immeuble.

La transcription dont il est ici question consistait, avant la loi du 24 juillet 1921, dans la copie intégrale du titre sur un registre public, préparé à l'avance et tenu par le conservateur des hypothèques.

47. — La loi du 24 juillet 1921 a supprimé ces registres et les a remplacés par un registre factice composé par le conservateur à l'aide des pièces fournies par les requérants.

48. — I. Pièces qui doivent être fournies.

La transcription s'opère aujourd'hui par le dépôt simultané à la conservation des hypothèques de *deux expéditions ou extraits de l'acte authentique, ou de deux originaux de l'acte sous seing privé*, absolument conformes l'un à l'autre. L'un de ces expéditions ou originaux doit être rendu au déposant revêtu de la mention de la transcription; l'autre, destiné à demeurer au bureau des hypothèques, doit être écrit sur papier spécial fourni par l'administration, aux frais des requérants. Cette copie sera certifiée exactement collationnée et conforme à la minute.

1. V. Aubry et Rau, t. II, 6^e éd., p. 83.

49. — II. Pouvoirs et rôle du conservateur.

La transcription se fait au bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel l'immeuble formant l'objet des actes à transcrire se trouve situé (art. 2181 C. civ.). Chacun de ces bureaux est géré par un conservateur, qui n'est qu'un *simple fonctionnaire administratif*.

N'étant pas un magistrat foncier, le conservateur n'est juge, ni de la validité de ces actes, ni de l'utilité ou de l'inutilité de la transcription¹. Il doit viser les pièces et délivrer un certificat de collationnement.

Il ne pouvait pas, avant la loi de 1921, refuser ou retarder la transcription des actes présentés. Mais cette loi lui a donné le pouvoir de *rejeter les pièces qui ne sont pas conformes aux prescriptions de la loi*.

Si l'acte est susceptible d'être transcrit, le conservateur donne au requérant une reconnaissance sur papier timbré, qui rappelle le numéro du registre sur lequel la remise de l'acte aura été inscrite (art. 2200). La date de la transcription est déterminée par la mention portée sur le *registre des dépôts*, le seul tenu désormais, qui donne le numéro sous lequel la remise a été faite (art. 2150 civ.).

La transcription doit se faire séance tenante et en présence du requérant, au moment même où l'acte est présenté au conservateur (art. 2200). Elle doit être mentionnée sur l'expédition ou l'original de l'acte. Le registre des dépôts, qui est arrêté jour par jour par le conservateur, permet de fixer la date et le rang des formalités requises.

50. — III. Valeur de la transcription.

Il s'agit de savoir quelle est la valeur de la transcription du point de vue de la consolidation de la propriété foncière.

1. Aubry et Rau, p. 95, 6^e éd.; Mourlon, t. I, p. 214.

La valeur de cette formalité se mesure à celle du titre qui en fait l'objet. Elle est donc *dépourvue de toute force probante* en ce qui concerne la valeur du titre qu'elle publie. Elle est simplement destinée à assurer la publicité de ce titre, sans effacer les vices dont il serait entaché. Après comme avant la transcription, l'acheteur et ses ayants cause risquent d'être évincés par suite d'une action en revendication, en nullité, en résolution ou en rescision; ils ne sont même pas à l'abri de la prescription acquisitive¹. On peut donc attaquer le contrat qui a été transcrit par les mêmes moyens que s'il ne l'avait pas été.

Mais la transcription du contrat sauvegarde la propriété de l'acheteur à un double point de vue :

1° D'une part, elle rend inefficaces, à son égard, les aliénations émanées du vendeur et non consolidées par la transcription; entre deux acheteurs du même immeuble, *la préférence* est donnée; nous l'avons vu², à celui qui a pourvu, *le premier* à la publicité de son titre;

2° D'autre part, elle *arrête le cours des inscriptions* pour les droits acquis du chef des précédents propriétaires de l'immeuble; par la seule force de la transcription, le propriétaire est affranchi de tous droits réels, même constitués antérieurement au titre d'acquisition, qui n'auraient pas été conservés conformément à la loi.

51. — Nous ajouterons, pour terminer cet aperçu sommaire du système français, que la loi du 24 juillet 1921, qui a changé du tout au tout les formes de la transcription, a été la principale, sinon la seule source, où le législateur égyptien est venu puiser ses règles en cette matière.

1. V. Besson, *op. cit.*, p. 161 et s.

2. V. *infra*, n° 44.

CHAPITRE III

LE SYSTEME ADOPTE PAR LE LEGISLATEUR EGYPTIEN

52. — Le législateur égyptien a inauguré son système de publicité des mutations immobilières par l'application du système français, tel qu'il est conçu par la loi de 1855. Les règles contenues dans les Codes civils (mixte et égyptien), en cette matière, étaient presque la copie intégrale ou la traduction littérale des dispositions de cette loi.

Ce système présentait plusieurs lacunes et soulevait par là-même des difficultés d'application presque insurmontables. Aussi était-il accablé de critiques de différentes sortes, qui ont poussé notre législateur à chercher des réformes susceptibles de combler les lacunes et d'aplanir ces difficultés. A cet effet, plusieurs commissions, composées de personnes hautement compétentes, ont siégé en Egypte. Elles ont établi des projets qui étaient tous inspirés de l'idée d'introduire dans notre pays le système des livres fonciers; mais l'application de ce système se heurtait à de si grands obstacles qu'on était obligé d'y apporter quelques atténuations.

Le terme moyen, qui concilie la nécessité d'une réforme et le morcellement de la propriété foncière en Egypte, a été trouvé par la loi du 26 juin 1923.

Nous étudierons dans une première section, le régime ancien des codes civils. La deuxième section sera consacrée aux réformes successivement proposées. La dernière concernant les réformes accomplies par la nouvelle loi, nous servira, en quelque sorte, de transition pour entrer enfin au cœur de notre sujet¹.

SECTION I. — CODE CIVIL ÉGYPTIEN.

53. — La législation mère en cette matière, nous l'avons déjà remarqué, était la loi française du 23 mars 1855. Nous allons chercher à dégager les traits essentiels du régime de la publicité immobilière qui a fonctionné jusqu'à la loi du 23 juin 1923.

L'article 611/737 du Code civil égyptien² était conçu de la façon suivante : « Les droits résultant d'actes entre vifs translatifs de propriété ou de droits réels susceptibles d'hypothèque ou constitutifs de droits de servitude, d'usage, d'habitation ou d'antichrèse, ou portant renonciation à ces droits, seront établis, vis-à-vis des tiers prétendant un droit réel, par la transcription des dits actes ou jugements au greffe des hypothèques de la situation des immeubles. »

54. — I. Caractère et effet de la transcription.

La transcription n'était point requise comme une condition essentielle de transfert de la propriété. Bien que non

1. V. Kamel Moutsy Bey, *Revue El-khanoun wa-el-ekhtessad*, 1923, n° 3. — Salib Sami Bey, *Elmohamah*, 8, n° 6, p. 647-665. — M. Aboul Saoud Seif, thèse, Paris, 1930, p. 81-195.

2. Nous citons, au cours de notre travail, les articles en deux chiffres. Le premier indique l'article des codes égyptiens, le deuxième indique celui des codes mixtes. Nous ajoutons en troisième lieu, si possible, l'article correspondant des codes français.

transcrite, la vente était valable entre le vendeur et l'acheteur et transférait la propriété entre eux par la seule force du consentement; elle opérait, par elle-même, un effet translatif. La transcription n'était prescrite que comme un moyen de publicité de l'acte. Mais, tant que la vente n'avait pas été transcrite elle demeurait inefficace à l'égard des tiers.

Par conséquent, l'acquéreur qui avait négligé de transcrire pouvait être évincé par un acheteur plus diligent dont le titre, même postérieur en date, avait été transcrit. Par la seule force de la transcription, le propriétaire était aussi à l'abri de tous les droits réels, restés occultes jusqu'au moment de sa transcription, même s'ils avaient été constitués antérieurement au titre d'acquisition.

La transcription était donc *étrangère aux rapports des parties contractantes*; le principe des articles 91/145/1138, d'après lequel le seul accord des volontés suffit pour opérer le transfert de la propriété d'une chose ou la constitution d'un droit réel, était maintenu. L'acheteur devenait donc immédiatement par l'effet même du contrat, et s'il a traité avec le *verus dominus*, non seulement le titulaire d'un droit de créance, mais le vrai propriétaire de l'immeuble, dont il pouvait entrer en possession, sans qu'il soit besoin d'une formalité particulière, et notamment de la transcription. Quant à ses ayants cause, ils traitaient à bon droit, et pouvaient se prévaloir de la vente non transcrite.

Mais à l'égard des tiers, l'article 611/737 disposait que « les droits résultants... seront établis vis-à-vis des tiers prétendant à un droit réel par la transcription ». La transcription était donc prescrite comme condition de transmission à leur égard.

55. — II. Domaine d'application quant aux actes.

L'article 611/737² ne soumettait à la formalité de la transcription que les transferts de propriété opérés au moyen d'une *convention entre vifs*; elle excluait par là-même tout transfert de propriété qui s'opérait par le seul effet de la loi; ainsi que les mutations par décès, qu'elles soient *ab intestat* ou testamentaires; elle excluait également les actes et les jugements qui déclaraient ou qui confirmaient le droit de propriété en dehors de tout transfert.

La transcription ne concernait donc que les actes entre vifs translatifs de propriété, à titre onéreux ou gratuit, tels que les ventes, les échanges, les donations, etc.

Ce système aurait pu, à la rigueur, bénéficier des circonstances atténuantes, si ces actes étaient obligatoirement assujettis à la transcription; mais aucune sanction, sauf celle de l'*inopposabilité aux tiers*, ne contraignait le nouveau propriétaire à remplir cette formalité.

56. — III. Domaine d'application quant aux personnes.

A) D'abord quelles étaient les personnes qui pouvaient être qualifiées de tiers et qui pouvaient ainsi invoquer le défaut de transcription?

La réponse à cette question est théoriquement très facile : étaient à considérer comme tiers, les *titulaires de droits nés du chef de l'aliénateur par une convention et qui avaient légalement conservé ces droits* (art. 615/742).

Les articles 270/341 s'exprimaient ainsi : « Les tiers de bonne foi qui ont un juste titre et qui ont conservé leurs droits dans les formes légales ».

Les dispositions précédentes, combinées avec les opi-

1. L. fr., 23 mars 1855, 3.

nions doctrinales et la jurisprudence sur les conditions nécessaires pour avoir la qualité de tiers, conduisaient aux cinq conditions suivantes.

1^o *Avoir acquis, du chef du vendeur, un droit sur l'immeuble vendu*, au moyen d'un acte soumis, par sa nature, à la transcription.

Le défaut de transcription pouvait donc être opposé par un acheteur ayant fait transcrire son titre à l'acheteur antérieur dont le titre était resté secret.

En cas de conflit entre l'acquéreur d'un immeuble et une personne au profit de laquelle avait été constitué un droit d'usufruit ou de servitude réelle sur le même immeuble, la question de savoir si l'acquéreur était ou non tenu de supporter ces charges, se résolvait par l'antériorité de la transcription; les personnes ayant acquis un droit réel sur l'immeuble étaient en droit d'opposer le défaut de transcription.

La même solution devait être appliquée en cas de conflit entre un acquéreur et un créancier hypothécaire.

Mais cette condition, si elle était la seule exigée pour donner la qualité de tiers, pouvait embrasser indistinctement tous les ayants cause du vendeur, à savoir, non seulement les titulaires d'un droit réel, mais encore ceux qui ne se trouvaient munis que d'un simple droit de créance, comme le locataire et le créancier chirographaire saisissant; c'est donc la condition suivante qui limitait le cercle des tiers.

Il importe aussi de remarquer que tous ceux qui, ayant été en rapport de droit avec le vendeur, soit en contractant (vente ou donation), soit en plaidant (droit d'affectation), soit même par le seul effet d'un quasi-contrat¹, ont acquis

1. Mourlon, *op. cit.*, t. II, n^o 438.

de son chef un droit¹ sur l'immeuble vendu, avaient le droit d'opposer le défaut de transcription.

2° Avoir été *rendu public par l'inscription ou la transcription*.

Il s'ensuit que, pour être admis à se prévaloir du défaut de transcription d'un acte, le tiers devait avoir acquis sur l'immeuble un droit soumis lui-même à la publicité.

Cette condition a eu pour effet d'exclure du bénéfice de l'article 615/742 les personnes suivantes :

a) Les bénéficiaires de baux de moins de neuf ans, qui n'étaient pas assujettis à la transcription.

b) Ceux à qui l'immeuble vendu avait été transmis *mortis causa*, puisque les transmissions par décès n'étaient pas soumises à la transcription.

3° Se prévaloir du droit ainsi *acquis et conservé à l'égard d'autres ayants cause du même auteur*.

Ainsi, le même immeuble a-t-il été vendu deux fois par la même personne, à deux acheteurs successifs; le vendeur a-t-il constitué des servitudes ou des hypothèques sur l'immeuble vendu; la préférence se réglait, entre tous ces ayants cause du vendeur, eu égard à la date de la transcription ou de l'inscription de leur titre; autrement dit, chacun d'eux pouvait opposer à l'autre le défaut de publicité de son droit.

Au contraire, quand le conflit s'élevait entre les ayants cause de deux auteurs différents, par exemple entre un ayant cause direct du vendeur et les ayants cause d'un

1. Quoique dans l'original en arabe de notre code, le droit que devait avoir le tiers sur l'immeuble vendu était qualifié de « réel », à l'exemple de la loi française de 1855, ce mot a intentionnellement disparu de l'exemplaire français de l'art. 615/742, pour englober le titulaire d'un bail de plus de neuf ans dans la catégorie des tiers.

autre acquéreur direct et dont le titre n'avait pas été transcrit, la question de préférence devait recevoir une solution différente.

D'après les règles du droit français, le sous-acquéreur doit, pour se mettre en règle, transcrire non seulement son propre titre, mais encore le titre de son auteur. En droit égyptien, au contraire, il suffisait qu'il transcrivit le sien (art. 619/746)¹.

Cette solution était, à la fois, illogique et incohérente. Etant en opposition avec le principe de l'inopposabilité aux tiers des aliénations immobilières non transcrites, elle se trouvait par là-même illogique. Elle était aussi en désaccord avec l'organisation même des bureaux de conservation des hypothèques. Le mécanisme de la publicité des mutations immobilières reposait non point sur la désignation des immeubles eux-mêmes, mais sur le nom des propriétaires aliénateurs. La transcription de l'acte d'un sous-acquéreur n'apprenait donc rien aux tiers qui traitaient avec le vendeur originaire.

Mais l'inconséquence de cette solution se trouvait atténuée par les dispositions des articles 635/765, 766, qui prescrivaient au conservateur l'inscription d'office dans le répertoire des transcriptions des noms des précédents propriétaires indiqués dans l'acte à transcrire et sur lesquels la transcription n'avait pas été faite antérieurement.

Cet article, qui était le complément nécessaire de l'article 619/746 impliquait pour les requérants d'une transcription l'obligation de mentionner dans leur titre les noms des précédents propriétaires, dont le titre n'avait pas été transcrit. C'était là la seule façon pour un sous-acquéreur de

1. C. A. M., 26 déc. 1895, *B. L. J.* 8/51; 21 déc. 1915, *B. L. J.* 28/68.

rendre publique la vente faite à son auteur, quand celui-ci n'avait pas fait transcrire son acte. Le conservateur près duquel les tiers se renseignaient pour la connaître pouvait leur répondre par un état de la transcription qui mettait sous leurs yeux la vente en vertu de laquelle le vendeur originaire avait cessé d'être propriétaire.

Mais que décider au cas où le conflit surgissait entre le *verus dominus* et celui qui avait acquis *a non domino*? Dans ce cas, c'était l'ayant cause du vrai propriétaire qui l'emportait, malgré la transcription du titre de l'acquéreur *a non domino*. Celui qui avait dûment acquis l'immeuble de son propriétaire pouvait le revendiquer contre l'autre, qui ne pouvait pas lui opposer le défaut de transcription de son titre. Ce n'était plus ici la publicité du titre qui était en cause; c'était la valeur de ce titre qui se trouvait en jeu. Or, le titre de celui qui avait acquis *a non domino* était dépourvu de toute valeur.

4^o S'il n'y a pas eu publicité du droit, *ne pas être responsables du défaut de transcription* :

Tous ceux qui, en qualité de tuteur, d'administrateur ou de mandataire légal, judiciaire ou conventionnel, devaient, dans l'intérêt de l'acquéreur, faire transcrire l'acte, ne pouvaient pas lui opposer le défaut de transcription. Cette condition ne se trouvait pas énoncée dans la loi, mais elle s'était imposée par l'équité et par l'impérieuse logique des principes juridiques. On ne pouvait pas, en effet, permettre à celui qui avait négligé de remplir son devoir de profiter de sa propre négligence : « *Nemo ex delicto suo meliorem suam conditionem facere potest*¹. »

5^o *Être de bonne foi.*

1. V. Picard, Ripert et Planiol, *Les biens*, t. III, p. 632.

C'était l'article 270/341 qui avait, au profit des tiers de bonne foi, subordonné à la transcription l'effet translatif de la vente.

La jurisprudence a donné plusieurs interprétations de la **mauvaise foi** :

1^o Ce fut d'abord *la simulation*. Le tiers qui opposait le défaut de transcription devait être de bonne foi, mais en ce sens que son titre devait être sincère¹.

2^o D'après une seconde interprétation, la mauvaise foi consistait dans le *simple fait que le second acquéreur connaissait l'existence de la première vente*².

3^o Cette interprétation n'a pas tardé à céder la place à celle que consacre la jurisprudence française, à savoir, *le concert frauduleux*.

« En droit, dit un arrêt, il est de principe incontestable que, au défaut de forme de publicité voulue par la loi pour rendre opposable aux tiers de bonne foi la translation de la propriété et des charges réelles, on ne peut suppléer par des équivalents et encore moins par la preuve de la simple connaissance du tiers, sauf à démontrer sa mauvaise foi ou un concert frauduleux³. »

56bis. — B) Personnes à l'égard de qui la vente, quoique non transcrite, était translatrice de propriété.

La vente produisait, dès que les parties avaient convenu de la chose et du prix, tout son effet à l'égard :

1^o *Du vendeur*. — Il en résultait que l'acheteur, devenant immédiatement propriétaire, était en droit, sans même avoir transcrit, de revendiquer l'immeuble par lui acquis

1. V. 30 avril 1890, *B. L. J.*, II, p. 106; 12 janv. 1898, *B. L. J.*, X, p. 95.

2. V. 24 nov. 1903, *B. L. J.*, XVII, p. 25.

3. V. 2 déc. 1914, *B. L. J.*, XXIV, p. 42. 8 fév. 1917, *B. L. J.*, XXIX, p. 205.

contre son vendeur. Celui-ci, dépouillé de sa propriété, ne pouvait plus prendre le titre de propriétaire ni vis-à-vis de l'acheteur ni au regard de ses ayants cause. Il n'avait alors, s'il n'était pas payé, d'autre ressource que la voie ordinaire d'une action en résolution ou d'une poursuite afin d'exercer son privilège.

2^o *Des héritiers et successeurs universels du vendeur.*

— L'acheteur agissait avec le même succès contre eux, qui sont ses continuateurs, et assument comme tels ses obligations. Ils étaient aussi sujets à une action directe en revendication.

3^o De ceux qui, ayant acquis du chef du vendeur un droit sur l'immeuble vendu, ne l'avaient *point rendu public*; ou l'ayant rendu public, étaient *coupables d'une intention frauduleuse*. — Ainsi entre deux acheteurs de bonne foi, qui n'avaient, ni l'un ni l'autre, satisfait à l'obligation de publicité, la priorité était due à celui dont le titre avait acquis le premier date certaine, conformément à la loi.

4^o *Des créanciers chirographaires du vendeur.* — L'acheteur était également propriétaire incontestable à l'égard des créanciers chirographaires du vendeur; ceux-ci ne pouvaient point se prévaloir du défaut de transcription.

Le principe était certain, mais il était aussi irrationnel. Ne pas venir en aide à des créanciers chirographaires et les laisser ainsi exposés aux dangers de la clandestinité des aliénations immobilières, c'était anéantir le crédit, en rendant nécessaire l'intervention de garanties hypothécaires.

57. — IV. Formes de la publicité.

Deux traits caractéristiques démontrent, en même temps, l'originalité de notre système, ainsi que ses défauts; à savoir, la pluralité des bureaux de publicité et la publicité par la transcription.

58. — 1^o Pluralité des bureaux de publicité.

a) *Le bureau des inscriptions et des transcriptions des tribunaux mixtes*, qui est une section des greffes de ces tribunaux, desservi par des greffiers nommés par ces derniers et sous leur dépendance (art. 750 civ. m. et suiv.).

Les registres de ce bureau sont destinés à recevoir des inscriptions et des transcriptions.

Les inscriptions concernent les privilèges immobiliers; les hypothèques conventionnelles consenties par un acte authentique, ainsi que les affectations hypothécaires, qui ont pris dans notre droit la place des hypothèques judiciaires du droit français.

La transcription concernait :

1^o Les actes entre vifs, translatifs de propriété ou constitutifs de droits réels immobiliers (art. 727 C. civ. m.).

2^o Les jugements déclaratifs ou constitutifs de ces droits (art. 730, C. civ. m.).

4^o Certains actes de procédure d'exécution immobilière, tels que : commandement, procès-verbal de saisie, etc.

5^o En matière de préemption, la déclaration faite en vue d'exercer le droit de préemption et le jugement qui faisait droit à la préemption (art. 14 et 18 du décret du 26 mars 1900).

b) *Les bureaux de Mehkemehs* desservis par les « Cadis », qui sont à la fois des juges et des notaires, où on peut transcrire les conventions immobilières entre Egyptiens. Ces actes sont contenus dans des livres appelés « Madbata », et annotés dans des registres, appelés « sighils¹ ».

1. V. art. 358 R. O. M. (loi n^o 33 de 1920), et le nouveau règlement (loi n^o 18 de 1931).

c) *Les greffes des tribunaux égyptiens* tiennent eux aussi des registres des affectations hypothécaires accordées par le président de ces tribunaux et des registres de certains actes de procédure de la préemption.

D'après l'article 47 du règlement d'organisation des tribunaux nationaux les greffes de ces tribunaux auraient dû tenir un bureau des actes notariés et un autre des inscriptions et des transcriptions ; mais, en fait, ces bureaux n'ont jamais été organisés. Les greffiers des tribunaux nationaux se sont bornés à tenir les registres qui viennent d'être indiqués et à légaliser les signatures des parties égyptiennes.

Cette pluralité des bureaux de publicité complique les recherches auxquelles le tiers doit se livrer pour se renseigner sur l'état de l'immeuble.

C'est à cause de ce gros inconvénient que le législateur a prescrit aux « *Mehkemehs* » de transmettre au greffe des tribunaux mixtes tous les actes translatifs de propriété ou constitutifs de droits réels immobiliers¹. Mais cette prescription, qui n'était en elle-même qu'un palliatif bien inefficace, est rendue lettre morte par la disposition de l'article 151 des Instructions qui interdit aux greffiers des tribunaux mixtes d'en donner communication aux parties. Ces actes restent ainsi dans les archives de ces tribunaux sans rendre le moindre service aux intéressés. Nous ne sommes pas encore arrivé à trouver la clef de cette énigme. N'est-ce pas une bizarrerie législative que de trouver deux textes si incompatibles ? Pourquoi le législateur a-t-il donc exigé cette communication des actes, si ce n'était pas pour faciliter aux tiers les renseignements sur l'état de l'immeu-

1. V. art. 32 R. O. T. M., aussi art. 372 R. O. M. (loi de 1910).

ble, de la façon la plus simple et la plus rapide? A quoi bon garder en cachette ces documents, qui devraient être accessibles à quiconque s'y intéresse? Est-ce par inadvertance? Nous voulons bien qu'il en soit ainsi, autrement la sagacité du législateur serait mise en doute.

On arrive donc à ce résultat déplorable, que celui qui veut être à l'abri de toute surprise doit se renseigner sur l'état de l'immeuble auprès de trois institutions différentes.

59. — 2^o Publicité par la transcription.

Nous allons dire quelques mots rapides sur l'organisation du système de publicité d'après le Code civil.

Il existe, au greffe de chaque tribunal de première instance, un bureau de conservation des hypothèques où sont centralisées toutes les opérations ayant trait à la consolidation de la propriété foncière ou à la conservation des privilèges et hypothèques. Chacun de ces bureaux est géré par un conservateur des hypothèques, qui n'est qu'un simple fonctionnaire, appartenant au cadre des greffiers des tribunaux.

Dans chaque bureau, le conservateur assure par lui-même, et par des commis placés sous ses ordres, la tenue des registres publics et le service des communications des registres et de la délivrance des copies.

La publicité des actes de transfert était mise en œuvre par le moyen de la transcription. Celle-ci n'était que *la copie intégrale de l'acte* sur les registres par le conservateur. Le contrat devait être transcrit littéralement et en entier, les actes sous seing privé étant admis à la transcription aussi bien que les actes authentiques.

Il existait dans tout bureau des hypothèques un *registre*

des dépôts (art. 623, 751, 2200) et un *répertoire des comptes individuels*.

Le registre des dépôts, qu'on appelle aussi le registre des requêtes, servait à annoter au fur et à mesure de leur présentation les demandes d'inscription ou de transcription. En fait, il s'écoulait un intervalle de quelques jours entre le dépôt de l'acte et l'accomplissement effectif de la transcription. Ce registre, qui était arrêté chaque jour par le juge du tribunal et contrôlé chaque quinzaine par lui (art. 177 Ins. T. M.), permettait ainsi de fixer la date et le rang de l'accomplissement des formalités.

Dans le répertoire des comptes individuels étaient annotées les transcriptions et les inscriptions sous le nom du propriétaire qu'elles concernaient.

60. — V. Appréciation critique du système du Code.

Il n'est pas besoin de pénétrer plus avant dans l'économie de ce système pour reconnaître qu'il prêtait à de nombreuses et graves critiques.

D'abord, au point de vue de la transmission de la propriété, le système du Code civil était compliqué et peu logique. N'y avait-il pas quelque contradiction à faire résulter d'un acte relatif, comme un contrat, un droit absolu, opposable par sa nature *erga omnes*, comme le droit de propriété ?

Et cette *distinction entre le transfert inter partes et le transfert à l'égard des tiers* ne trahissait-elle pas une subtilité inutile et compliquée ?

En effet, cette distinction produisait dans son application des difficultés insurmontables et faisait surgir des problèmes qui ne sont pas encore résolus. Que de conflits à liquider ! Ne vaudrait-il pas mieux poser une règle plus simple et plus pratique en faisant dépendre la naissance

d'un droit réel de l'accomplissement de la formalité prescrite pour le porter à la connaissance de tous, sans distinguer entre le transfert *inter partes* et le transfert à l'égard des tiers ?

C'est précisément cette règle, qui fait résulter le transfert d'un droit absolu d'un acte lui aussi absolu, qui avait séduit le législateur égyptien depuis 1900, comme on va le démontrer.

Quant à la forme prescrite pour transférer la propriété à l'égard des tiers, c'était la transcription pure et simple ; c'est-à-dire la reproduction intégrale de l'acte de transfert. Cette formalité, nous l'avons déjà dit, est privée de toute force probante en ce qui concerne la valeur du titre qu'elle publie. Elle pouvait, à la rigueur, bénéficier des circonstances atténuantes, si le conservateur avait le droit et le devoir de vérifier le titre présenté à la transcription. Mais il n'appartenait pas au conservateur de faire cette enquête préalable.

SECTION II. — RÉFORMES PROPOSÉES.

61. — C'était à ces imperfections de différentes sortes que le législateur égyptien devait trouver un remède. Plusieurs projets, élaborés successivement en 1908 et en 1921, sont restés lettre morte dans les archives du ministère de la justice ; mais ils ne sont pas moins le résultat de travaux hardis et d'efforts louables.

I. Réformes proposées par la Commission internationale de 1904-1908¹.

62. — Deux très importantes réformes avaient été éla-

1. V. pour détails : *Gazette*, 1^{re} année, p. 127 et s.

borées au sein de cette commission : *l'unification des bureaux de publicité des droits réels immobiliers* et *l'introduction des livres fonciers en Egypte*.

§ 1. *Unification des bureaux de publicité.*

L'unification des bureaux de transcription et d'inscription constitue une innovation qui ne touche nullement au fond du droit; elle avait pour but unique de rendre plus aisées et plus sûres les recherches des mutations immobilières et des charges réelles qui grevaient l'immeuble.

Le bureau des transcriptions et des inscriptions des tribunaux mixtes, celui des affectations hypothécaires et des transcriptions en matière de préemption des tribunaux nationaux et les bureaux des Mehkemehs, seraient unifiés.

Dans chaque « Gouvernorat » ou « Moudirieh », un bureau de publicité des mutations immobilières aurait été installé. Les actes rendus publics par l'intermédiaire de l'un de ces bureaux devaient produire leurs effets à l'égard de tout tiers étranger ou égyptien.

Chaque bureau serait dirigé par un conservateur adjoint et au besoin par plusieurs fonctionnaires.

Il serait créé un bureau central au Caire pour la direction et la surveillance de tous les bureaux régionaux et la conservation des duplicata. Ce bureau serait dirigé par le Directeur général.

Cette nouvelle administration devait constituer un organisme administratif.

Le système du bureau unique présentait donc des avantages incontestables sur le système actuel. Cette unification permettait de confier les opérations de transcription à des hommes plus capables de les exécuter plus rapidement et

plus sûrement. De plus, elle rendait les recherches beaucoup plus aisées par la création d'un seul répertoire où l'on aurait recherché à la fois l'histoire de la propriété, de ses démembrements et de ses charges réelles. C'était une innovation sérieuse dans la voie de la sécurité.

Une autre innovation *radicale* était conçue par ce projet. On se demandait si le législateur n'avait point manqué de prudence en admettant à la transcription les actes sous seing privé. Du moment que la transcription en droit égyptien est sans force probante, puisque sa valeur se mesure à celle du titre qui en fait l'objet, il importe de n'y admettre que les actes réunissant les garanties désirables. Cette commission avait fermé l'accès des registres publics aux titres d'acquisition, non revêtus de la forme authentique émanant soit d'une autorité égyptienne, soit d'une autorité étrangère, après une autorisation spéciale dans le second cas.

§ 2. *L'introduction des livres fonciers en Egypte.*

62bis. — Une autre réforme plus *radicale* était celle de l'abandon du système actuel de la publicité personnelle au moyen d'une transcription, pour le remplacer par un livre qui devait contenir l'enregistrement obligatoire de toutes les propriétés foncières avec leurs accroissements et leurs diminutions, ainsi que toutes les charges qui les grevaient au moment de l'immatriculation.

L'immatriculation devait être faite d'office pour la première fois. On remarque ici l'absence de caractère facultatif qui, nous le savons¹, est l'un des traits caractéristiques de l'Act Torrens.

1. V. *infra*, n° 26.

Le projet contient des dispositions concernant l'établissement de feuillets provisoires, qui contiendraient la liste des propriétaires ou des bénéficiaires de droits réels par suite des mentions du cadastre. Ces feuillets provisoires deviendraient définitifs, s'ils n'étaient pas contestés dans un délai déterminé.

Seuls les actes authentiques pouvaient être inscrits dans le grand livre foncier. C'était là la seule façon de faire cesser l'antinomie existant entre la transcription des actes translatifs de propriété et l'inscription des actes constitutifs d'hypothèque; la forme authentique n'étant requise que pour ces derniers actes.

L'enregistrement devait être exécuté sur la base des unités foncières et non pas sous le nom des propriétaires. C'est le remplacement du feuillet personnel par un feuillet réel.

Le projet du gouvernement égyptien adoptait aussi le système des prénotations, dont il était déjà question¹, et qui consiste dans la publicité d'un droit éventuel, pour le rendre ainsi opposable aux tiers (V. art. 18, 19, 33, 40 et 42 du projet).

Les autres modifications apportées par le système des livres fonciers sont les suivantes :

1° La force probante des inscriptions.

L'inscription était exigée comme *une condition essentielle*; c'était donc l'inscription qui opérait transfert de la propriété, aussi bien *inter partes* qu'à l'égard des tiers (art. 14 et 16 du projet).

Mais elle ne constituait pas par là une preuve absolue du droit de propriété, en effet l'article 17 dispose :

1. *Infra*, n° 33.

« Les droits susdits peuvent être contestés entre les parties conformément au droit commun, malgré leur inscription... »

Mais l'inscription n'était pas dépourvue de toute force probante. Etant donné qu'elle ne s'opérait qu'en vertu d'un acte authentique, sa force probante était celle que la loi attachait à ces actes.

2° En matière de prescription acquisitive.

La prescription était admise : en faveur d'un droit inscrit, pour corriger les vices du titre; contre un droit inscrit, pour venir en aide à ceux qui ne se soucieraient pas d'acquérir par un acte authentique, rendant ainsi impossible l'inscription de leurs titres. Cette dernière prescription n'était opposable aux tiers qu'à partir de la date de l'inscription du titre qui la constatait, par exemple un jugement qui y a fait droit.

63. — II. Les travaux de la Commission de 1917-1921¹.

Le projet élaboré par la Commission internationale de 1904 n'a pas abouti. S'il est resté dans l'oubli, malgré le besoin pressant de l'établissement d'un meilleur système de publicité, c'est que ce projet a suscité des critiques d'ordre divers.

Quelques représentants des puissances invitées trouvaient que le système proposé n'était pas en harmonie avec l'état de la propriété du pays, qui y est très morcelée, et qu'il se heurterait en Egypte à des difficultés spéciales d'application, car il était trop compliqué pour être compris par la masse des propriétaires.

1. V. pour détails, l'article de M. Bernardi : *L'Egypte contemporaine*, XIII, n° 64, et aussi l'article de M. Sheppard.

D'autre part, le projet présentait des lacunes importantes; par exemple, il n'avait pas voulu choisir les conservateurs des bureaux dans le cadre de la magistrature, ni envisager la constitution d'un fonds de garantie ou d'assurances, comme c'est le cas dans le système de l'Act Torrens.

La Commission des Capitulations instituées en mars 1917 a donc dû reprendre l'étude de la matière des livres fonciers. Elle a confié l'examen du problème à une sous-commission présidée par M. Dowson, alors directeur général de l'Arpentage. Cette sous-commission a été reconstituée comme commission indépendante le 1^{er} mai 1920.

64. — Nous devons nous borner à exposer brièvement les conclusions générales de la Commission, envisagées uniquement au point de vue des modifications qu'elles entraîneraient dans notre matière.

La proposition fondamentale de cette commission consiste à remplacer la transcription des actes, par l'*enregistrement par unités foncières*.

Nous n'éprouvons pas le besoin d'entrer dans l'exposé de ce système, que nous avons déjà suffisamment étudié¹; nous nous contentons donc d'y renvoyer pour passer en revue les autres propositions de la Commission.

Une modification d'une grande importance au régime alors en vigueur réside dans l'*abolition de la prescription acquisitive non appuyée par un titre* (de quinze ans selon l'art. 76/102), parce qu'elle produit des effets opposables aux tiers qui n'ont pu se prémunir contre elle.

Notre commission recommande dans son rapport, aussi bien que dans le projet de 1908, que *la forme authentique*

1. *Infra*, n^{os} 4-34.

soit imposée pour la réception de l'acte au bureau de l'inscription. L'acte doit donc être dressé par un officier public compétent en présence de témoins. C'était là le moyen le plus simple pour assurer une mesure régulière de publicité (art. 9, 10 et 11 du projet).

65. — La commission préconise aussi un système de *contrôle des actes* présentés à l'enregistrement. Ces actes doivent être soumis à un double examen : matériel et légal¹.

L'examen matériel, confié au *service de l'arpentage*, consiste dans l'examen de la compatibilité de la parcelle qui fait l'objet du contrat avec les propriétés voisines, ainsi que de la possibilité de la déterminer avec un degré d'approximation suffisant.

Pour l'examen légal, la Commission préconise l'*institution de notaires officiels*, qui serviront à conférer aux actes l'authenticité requise.

Le conservateur des hypothèques exercera, à son tour, une mesure de contrôle sur les actes à lui présentés. Si l'acte n'est pas compatible avec des droits déjà inscrits au grand livre, soit avec la superficie réelle du terrain, il sera renvoyé au notaire avec la mention des vices qui ont empêché l'enregistrement.

66. — En ce qui concerne *la force probante de l'inscription*, la Commission arrive aux conclusions suivantes :

a) Le transfert de la propriété s'accomplit au même moment entre les parties et à l'égard des tiers; ce transfert ne s'opère que par la mention de l'acte sur le livre foncier.

b) L'enregistrement ne purge pas les vices dont l'acte se trouve entaché; les intéressés peuvent donc l'attaquer par les moyens légaux.

1. V. l'article de M. Bernardi, *op. cit.*, p. 194.

67. — Nous ajoutons, pour finir, que l'enregistrement a, d'après ce projet, un *caractère absolument facultatif*. Les intéressés ont, en dehors de toute mutation, la faculté de faire enregistrer une déclaration publique des droits immobiliers dont ils sont titulaires.

Si ce projet n'a pas bénéficié d'un meilleur sort que le précédent, il a eu, tout au moins, le mérite d'avoir préparé les esprits, comme on va le démontrer, aux réformes introduites par la loi de 1923, dont l'étude est notre but principal.

SECTION III. — RÉFORMES ACCOMPLIES PAR LA LOI DE 1923.

68. — Les travaux de la Commission de 1917 comme nous venons de le dire n'ont pas été relégués dans l'oubli. Tous les principes préconisés avaient été approuvés par le Conseil des Ministres, le 25 avril 1922, qui a jugé cependant nécessaire d'introduire dans le système du Code civil quelques réformes préliminaires avant la mise en œuvre définitive du système des livres fonciers.

A cet effet, un comité, présidé par Abd Elfatah Yehia Pacha, alors ministre de la Justice, a été nommé, et son œuvre fondamentale est la nouvelle loi, actuellement en vigueur, du 26 juin 1923.

Les principes fondamentaux de cette loi peuvent être ainsi résumés :

1^o On n'a pas introduit les livres fonciers.

2^o On a changé la nature de la transcription.

Développons ces deux points.

69. — I. Forme de la publicité des mutations immobilières.

Dans notre pays, où les mœurs nationales ne diffèrent pas des mœurs françaises, et où la propriété foncière a plus de mobilité et de fractionnement, la sagesse du législateur s'est bien gardée d'introduire le système germanique, qui ne convient qu'aux pays de grands domaines.

On a aussi reconnu que l'établissement de ce système entraînerait d'immenses dépôts de registres et d'actes et d'énormes frais.

Et puis, quelle lenteur ! Quelle entrave apportée aux conventions des particuliers ! La moyenne et petite propriété succomberaient sous les frais des procédures nécessaires pour l'établissement, la justification et enfin la publicité de leurs droits.

La transcription, sous le nom des propriétaires, est donc restée le mode de publicité des mutations immobilières. mais un arrêté en date du 12 juillet 1923, relatif à la tenue des registres, a changé du tout au tout la formalité de la transcription, et le terme de « transcription » est ainsi devenu incorrect et inexact.

La transcription s'opère aujourd'hui par le dépôt simultané au greffe des hypothèques d'un ou plusieurs originaux sur papier spécial fourni par l'Administration, aux frais des requérants, de l'acte ou jugement soumis à la formalité de la transcription. Une *photographie en double exemplaire* sera prise de l'original unique par les soins de l'Administration de l'Arpentage. L'une des copies est rendue au déposant après avoir été revêtue par le conservateur de la mention de la transcription ; l'autre est destinée à être remise à l'Administration de l'Arpentage comme duplicata. L'original de l'acte sera conservé au bureau hypothécaire.

Le régime nouveau instauré par l'arrêté de 1923 s'applique à tous les actes qui doivent être transcrits aux termes de la loi du 26 juin 1923.

Des *délégations* des bureaux hypothécaires sont instituées dans presque tous les chefs-lieux. La transcription se fait à la « délégation » de la circonscription, dans laquelle se trouvent situés les immeubles formant l'objet des actes à transcrire (art. 8 de l'arrêté).

Les actes sous seing privé sont admis à la transcription après *légalisation des signatures ou cachets* des parties par un fonctionnaire compétent (art. 5, loi du 26 juin 1923).

Le conservateur doit viser les pièces et rendre l'une au déposant, garder l'autre et envoyer la troisième à l'Administration de l'Arpentage. Si l'acte n'est pas conforme aux prescriptions de la loi, il pourra soit inviter le requérant à le compléter, soit l'inviter à présenter une requête au *juge de service*¹ expliquant les raisons qui empêchent l'observation des prescriptions légales. Dans ce cas, l'acte recevra un *numéro d'ordre provisoire*, qui n'est autre chose qu'une prénotation, au registre des requêtes. La date de la transcription sera déterminée par ce numéro quand il sera devenu définitif, une fois que le juge de service aura autorisé la transcription de l'acte incomplet (art. 14 de l'arrêté).

70. — II. Changement de la nature de la transcription.

Cette publicité est désormais requise en Egypte comme une *condition substantielle*; il s'ensuit que c'est cette publicité même qui fait le propriétaire, que celui-là seul peut être réputé propriétaire qui a transcrit et que quiconque

1. V. sur sa compétence, Le Caire, 17 août 1925, *Almuhamah* 15/335/414.

achète d'une personne dont le droit n'est pas transcrit, achète mal et n'est pas réputé propriétaire.

En cas d'aliénation volontaire, la propriété d'un bien foncier n'est acquise que par la transcription de l'acte; autrement dit *le transfert de la propriété résulte de la transcription*.

La convention d'aliéner, en droit égyptien, n'opère pas par elle-même aliénation, et l'acheteur d'un immeuble, par exemple, tant qu'il n'a pas fait transcrire son acte, n'a qu'un *simple droit de créance*.

En effet, dans le droit égyptien, de même que dans l'ancien droit romain, la convention ne peut produire qu'une obligation d'aliéner : pour que l'aliénation se réalise, il faut un acte spécial, une tradition en droit romain, une transcription en droit égyptien.

Il s'ensuit que celui qui, par suite d'une vente, un échange ou une convention quelconque, est en droit d'exiger la transcription, ne peut agir que par la voie d'une *action personnelle* contre son cocontractant; il ne peut pas revendiquer l'immeuble contre les tiers.

Cette publicité s'applique donc au droit de propriété lui-même, plutôt qu'aux contrats relatifs à la propriété : Ce n'est pas précisément l'acte, mais le titre de propriété qui doit être transcrit. De plus, cette formalité est organisée dans l'intérêt public et afin d'assurer la publicité des droits et la sécurité de chacun.

LIVRE PREMIER

Analyse de la situation juridique avant la transcription

PLAN

71. — L'analyse de la situation juridique avant la transcription sera étudiée en quatre titres :

1° Le caractère consensuel de la vente qui reste un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à transférer à l'autre la propriété d'une chose, moyennant un prix que celle-ci s'engage à lui payer¹. Nous étudierons les controverses suscitées par les principes de la nouvelle loi, les obligations personnelles que crée le contrat, enfin les sanctions juridiques garantissant l'exécution de ces obligations.

2° Les droits des ayants cause respectifs des parties contractantes.

3° L'exercice du droit légal de préemption, qui accorde à une personne de se substituer à l'acquéreur d'un immeuble dont elle est copropriétaire indivis ou propriétaire voisin.

4° La théorie du juste titre en matière de prescription.

1. V. Aubry et Rau, t. V, p. 1.

TITRE PREMIER

CARACTÈRE ET EFFETS DE LA VENTE

72. — L'article premier de la loi du 26 juin 1923 s'exprime ainsi :

« Devront être rendus publics par la transcription..., tous les actes *entre vifs*, à titre onéreux ou gratuit, et les jugements passés en force de chose jugée ayant pour effet de constituer, transmettre, modifier ou éteindre un droit de propriété ou autre droit réel immobilier...

A défaut de transcription, les droits sus-visés ne seront constitués, transmis, modifiés ou éteints, *ni entre parties, ni à l'égard des tiers*.

Les actes non transcrits ne créeront que des *obligations personnelles entre parties*.

Il est dérogé, dans ces limites, aux dispositions sanctionnant le transfert de la propriété et autres droits réels immobiliers par effet du simple consentement des parties. »

73. — C'est là la disposition fondamentale de notre nouvelle loi; elle contient une innovation radicale par rapport aux principes antérieurs. Deux grands principes s'en dégagent, à savoir que :

1° La formalité de la transcription est nécessaire non plus seulement pour rendre le contrat de vente opposable

aux tiers, mais encore pour opérer, même entre les parties, transfert de la propriété.

2° Par suite, l'acte non transcrit, préliminaire ou non, n'en continue pas moins, sauf cette exception, à produire « des obligations personnelles entre parties ».

Ces principes ont-ils changé, du tout au tout, le système du Code? Le contrat de vente, assujetti à quelques conditions de forme pour être admis à la transcription, est-il devenu un contrat solennel, ou est-il resté, nonobstant ces formalités, un contrat consensuel? C'est cette controverse sur la nature juridique du contrat de vente qui fera l'objet de notre premier chapitre.

Ce point élucidé, nous étudierons, dans un second chapitre, le sens et l'étendue des obligations personnelles que fait naître le contrat non transcrit.

Notre troisième et dernier chapitre sera consacré à l'étude des sanctions juridiques de ces obligations¹.

1. V. M. Kamel Morsy Bey, *Revue El-khanoun wa'-el-ekhtessad*, 1933, n° 4, p. 613-642. — M. Abd Elsalam Zohny Bey : *De la transcription*, p. 7-23.
— M. H. Aboul Seoud Seif, thèse, Paris, 1930, p. 245 260.

CHAPITRE PREMIER

NATURE JURIDIQUE DU CONTRAT DE VENTE

SECTION I. — CONTROVERSES JURIDIQUES.

74. — Le législateur, nous l'avons déjà constaté, exige la transcription comme une condition absolue du transfert de la propriété et des droits réels immobiliers, soit entre parties, soit vis-à-vis des tiers, et dispose qu'à défaut de transcription, le contrat de vente ne peut créer au profit de l'acquéreur qu'un droit personnel ou de créance.

On s'est alors demandé si, en imposant la transcription de l'acte de vente d'un immeuble, le législateur n'a pas voulu faire de cette formalité un des éléments constitutifs de la vente, ainsi que cela est exigé dans les actes solennels, telles que la donation et l'hypothèque, qui doivent avoir lieu par un acte authentique.

75. — Cette thèse a été soutenue par un petit nombre d'arrêts¹, qui en ont conclu que la vente non transcrite est *inexistante*, non seulement vis-à-vis des tiers, mais même entre les parties contractantes, qui ont cependant, dans ce cas, d'après l'article premier de la loi, des droits purement

1. En doctrine, cette thèse a été soutenue par notre maître, M. Le Balle (professeur à la Faculté de Lille), pendant son enseignement au Caire (V. notre bibl.).

personnels; ce qui revient à dire que *le transfert de la propriété serait un élément essentiel de ce contrat*¹.

Nous avons cru longtemps qu'on pouvait soutenir cette thèse tirée de l'interprétation de l'article premier de notre loi. Les partisans de cette doctrine en ont déduit les conséquences suivantes :

1^o Le contrat de vente, avant la transcription, n'est pas né ni formé et n'a *aucune existence légale*.

2^o Le simple accord des volontés n'a pour effet que de produire un *contrat innommé*, qu'on peut à la rigueur nommer une promesse de vente², qui crée une obligation purement personnelle, un simple droit de créance au profit de l'acheteur.

3^o Le vendeur peut, selon quelques-uns, choisir, s'il le préfère, d'être condamné en vertu de ce droit de créance, c'est-à-dire à une *indemnité pécuniaire*, sans que l'acheteur puisse avoir sur lui aucune emprise. Une action tendant à l'exécution en nature de l'obligation, c'est-à-dire au transfert de la propriété, est donc irrecevable, le droit de transférer la propriété n'appartenant qu'au propriétaire et non pas au tribunal, car la loi ne le lui a pas réservé³.

76. — Telle a été notre première impression; mais un examen plus attentif des principes admis en cette matière nous a révélé un aperçu tout nouveau qui nous a contraint à changer d'avis.

Si nous nous rapportons d'abord à *l'histoire du contrat de vente*, nous constaterons qu'à aucun moment de l'his-

1. V. C. A. M., 12 nov. 1925, *B. L. J.* 38, p. 46; aussi, 7 déc. 1926, p. 52; 10 mai 1927, *Gaz.* 18/130/143; C. A. Caire, 10 juin 1926, *Almuhamah* 7/154/214; Le Caire, 8 mars 1927, *Almuhamah* 7/441/715.

2. V. cours de M. Le Balle : *La vente*, Le Caire, 1934.

3. Alexandrie, 24 oct. 1927. *B. O.* 29/14/31.

toire du droit une pareille conception n'a été reçue. Pour le droit romain, l'accord des volontés, on le sait, ne suffisait point par lui-même à transférer la propriété immobilière. Par l'*emptio-venditio*, le vendeur était seulement tenu de remettre à l'acheteur la *vacua possessio*; il était aussi obligé, selon les règles de la bonne foi, à transmettre à l'acheteur la propriété de la chose vendue, s'il en était le véritable propriétaire. Or, il fallait, pour faire acquérir la propriété à l'acheteur, que cet accord fût complété soit par l'emploi d'un mode solennel du transfert, la *mancipatio* ou l'*in jure cessio*, soit par la remise effective de la chose ou « *traditio* ». On distinguait donc entre le *titulus*, c'est-à-dire le titre de l'acquisition, et le *modus acquirendi*, c'est-à-dire le mode d'acquisition. L'acheteur muni d'un *titulus* avait seulement le droit d'exercer une action personnelle contre le vendeur; il n'avait, au contraire, aucun droit réel lui permettant de se présenter comme un propriétaire pour exiger le délaissement de l'immeuble qui ne lui avait pas encore été livré. Mais le contrat de vente n'était pas, par cela seul que l'acquisition de la propriété dépendait de certaines formalités, considéré comme un acte solennel.

Aussi, d'après le *droit français*, la vente opère-t-elle transfert de la propriété du moment où il y a accord des parties sur la chose et sur le prix, sans qu'il soit besoin d'aucune formalité particulière. La vente est donc non seulement créatrice d'obligations, comme elle l'était en droit romain, mais translatrice de propriété; l'action de l'acheteur a pris ainsi un caractère réel.

Mais il ne découle pas de ce principe qu'il faille considérer le transfert de la propriété comme un élément essentiel pour la validité du contrat de vente; l'obligation de

transférer la propriété étant seulement *de la nature, non de l'essence de la vente*¹. La preuve en est que ce transfert immédiat de la propriété par l'effet du contrat n'est *pas opposable aux tiers*; pour qu'il en soit ainsi, il faut une chose de plus, à savoir, pour la vente d'immeubles, la transcription de l'acte de vente; jusqu'à la transcription le vendeur est réputé toujours propriétaire à l'égard des tiers. Mais, privée de cet effet translatif, en ce qui concerne les tiers, la vente n'en reste pas moins une vente.

Le transfert immédiat de la propriété n'est donc pas un élément essentiel du contrat de vente. Cela est si vrai, que d'après le système même du droit français, adopté comme nous le savons par les Codes égyptiens², rien ne s'oppose à ce qu'on envisage l'existence d'un contrat de vente du fait du seul accord des volontés des parties, indépendamment de la transmission concomitante de la propriété. Comme exemple de ces cas, où le transfert de la propriété ne se réalise que par un fait ou par un acte ultérieur, nous pouvons citer : 1° les *ventes avec « pactum reservati domini »*, où le transfert de la propriété est conditionné par le paiement intégral du prix; 2° les *ventes de « genera »* où le transfert de la propriété se réalise par l'individualisation de la chose; 3° les *ventes alternatives*, où le transfert dépend du choix des parties; 4° la *vente de la « res aliena »*, où il dépend de l'acquisition de la propriété par le vendeur, lorsque, bien entendu, cette vente implique l'obligation pour lui de se procurer la chose d'autrui.

Dans tous ces cas spéciaux la vente est parfaite, dès qu'elle réunit tous ces éléments essentiels et engendre

1. Baudry-Lacantinerie, n° 11; Aubry et Rau, t. V, p. 2, note 1.

2. *Infra*, n° 53-56.

pour le vendeur l'obligation de transférer la propriété à l'acheteur. Seulement, tandis que dans les cas ordinaires cette obligation est exécutée, tout au moins entre les parties contractantes, au moment même de la conclusion du contrat, dans ces cas exceptionnels, son exécution, c'est-à-dire le transfert effectif de la propriété, est subordonnée à l'accomplissement d'un *acte* ou d'un *fait* ultérieur, suivant les cas.

Or, la loi du 26 juin 1923 n'a fait que généraliser cet état de choses en exigeant que le transfert de la propriété, dans toutes les ventes des immeubles, ne s'opère pas immédiatement, même entre les parties elles-mêmes, du fait du seul accord de volontés; mais il faut une autre condition requise par la loi, à cet effet, qui consiste dans la formalité de la transcription. De cette façon, la loi a, en quelque sorte, réhabilité l'article 235/300 C. civ.; qui définit la vente comme étant « *un contrat par lequel une des parties s'oblige à transmettre à l'autre la propriété d'une chose...* » Cette définition de la vente n'était pas exacte sous le régime du Code, d'après lequel la vente transférait la propriété de l'immeuble entre les parties par le seul effet du contrat. Par contre, elle est très en harmonie avec le régime actuel du transfert de la propriété immobilière, qui en fait un effet de la transcription et non point du contrat.

La seule innovation de la nouvelle loi est donc la suppression de la distinction, adoptée par la législation antérieure, entre les parties contractantes et les tiers, en ce qui concerne la transmission de la propriété. Cet effet qui, avant la récente réforme, se produisait entre les parties par le seul effet du contrat et à l'égard des tiers par la transcription, ne se produit plus, même entre les parties,

que par l'accomplissement de cette formalité. Or, en l'état de la législation actuelle, le contrat de vente existe toujours, même avant la transcription, comme un acte productif de l'obligation de transférer la propriété et l'acheteur, privé par la loi de son *jus in re*, ne saurait exercer à l'encontre de son vendeur une action réelle, comme l'action en revendication de l'immeuble objet du contrat; mais il peut toujours, en vertu de l'action personnelle que fait naître le contrat, poursuivre l'exécution de l'obligation du transfert de la propriété, et non seulement se contenter des dommages et intérêts, comme le prétendent certains partisans de la solennité.

Cette théorie est de plus fondée sur une certaine méprise du *but envisagé par le législateur* dans la nouvelle loi. L'exposé des motifs expose ce but dans des termes tellement clairs, que sa reproduction textuelle me paraît s'imposer :

« Il importe, dans un intérêt général, d'assurer la publicité des transactions immobilières, par une sanction plus rigoureuse que la simple inopposabilité de l'acte aux tiers; *il importe d'exiger la transcription comme une condition absolue du transfert de la propriété* et des droits réels immobiliers, aussi bien vis-à-vis des tiers, qu'entre parties.

« Cette règle, qui est une condition inhérente à l'essence même de tout régime de livres fonciers, est, sinon essentielle, du moins nécessaire dans un système destiné à préparer l'adoption de ce régime.

« Le principe du Code Napoléon qui admet le transfert de la propriété immobilière entre parties, par l'effet du seul consentement, n'est pas sans soulever de graves difficultés dans la pratique.

« Aussi la Commission de révision du Code civil en Bel-

gique n'a pas hésité à proposer l'abandon du principe du transfert de la propriété immobilière par le simple consentement : d'après l'article 711 de son avant-projet, la transmission de la propriété, quant aux immeubles, a lieu lorsque l'acquisition est rendue publique de la manière prescrite au titre des privilèges et hypothèques.

« Le raisonnement de la Commission à l'appui de son amendement est vraiment saisissant, et mérite d'être relaté :

« Au droit personnel ou droit de créance, dit-elle, correspond l'obligation d'une ou plusieurs personnes déterminées. Ce sont ces personnes, elles seules, que le créancier peut contraindre de prêter ce qui fait l'objet de l'obligation. Ici, il est exact de dire que la volonté des parties contractantes suffit pour créer le lien juridique.

« Il en est tout autrement du droit réel, et spécialement du droit de propriété : à ce droit correspond une obligation générale de la communauté.

« Le contrat par lequel on s'oblige à transférer la propriété, tel que la vente, l'échange, la donation, ne peut logiquement engendrer au profit de l'acquéreur, qu'un droit personnel ou droit de créance ; en vertu de ce droit, l'acquéreur pourra contraindre l'aliénateur à exécuter son obligation, c'est-à-dire à lui transférer la propriété : cette transmission s'effectuera par l'accomplissement des formalités légales destinées à rendre l'acquisition publique. »

« A la vérité, ajoute le législateur égyptien, la conception juridique d'un acte qui est à la fois valable entre les parties, et nul ou inopposable vis-à-vis des tiers, ou plus exactement d'un transfert de propriété opéré entre parties, et non opéré à l'égard des tiers, et conséquemment d'un même

immeuble ayant deux propriétaires, échappe à l'intelligence de beaucoup des justiciables.

« Il n'est pas sans intérêt de relever que le principe de la nécessité de la transcription, pour opérer le transfert, même entre parties, a été admis par plusieurs législations...

« Au point de vue pratique, ce principe a aussi le grand avantage de couper court aux nombreuses contestations...

« Si l'aliénateur met l'acquéreur dans l'impossibilité de remplir utilement la formalité nécessaire pour opérer le transfert, il est passible d'une action personnelle. »

Le législateur égyptien en adoptant ces motifs n'a donc nullement envisagé la nullité du contrat non transcrit. Il reconnaît, au contraire, l'existence du contrat de vente, même avant la transcription. La preuve en est qu'il a accordé à l'acheteur en vertu du contrat de vente non transcrit le droit d'intenter une action personnelle contre le vendeur. Or, si la vente non transcrite était nulle, non existante, on devrait nécessairement dire, qu'aucune action ne pourrait être exercée pour obliger la partie récalcitrante à exécuter son obligation; on ne saurait ordonner l'exécution d'un acte nul. Ce résultat, que certains partisans de la solennité n'ont pas hésité à proclamer¹, est parfaitement erronné et ne cadre nullement avec les principes juridiques fondamentaux. Ces principes répugnent à ce que la conclusion des transactions soit exposée au danger de l'arbitraire de l'une des parties contractantes, qui veut, pour des raisons futiles, violer son engagement et méconnaître l'existence d'un accord antérieur.

Ce raisonnement n'a pas échappé à l'esprit de quelques-uns de nos adversaires. Ils ont invoqué, pour maintenir

1. V. *infra*, n° 75.

leur doctrine, un argument qui, à notre avis, lui enlève tout son intérêt et laisse comprendre qu'ils se sont rangés invinciblement à la doctrine de consensualité. Ils ont dit, en effet, que si l'acte non transcrit était nul comme une vente, il ne l'était pas comme promesse de vente. Or, la promesse de vente donne à l'acheteur le droit de poursuivre l'exécution forcée de l'obligation personnelle du vendeur par une condamnation. Alors ! quelle serait la différence entre cette doctrine ainsi remaniée et celle de la consensualité, qui ne donne au contrat de vente que l'effet de servir de base à cette action personnelle qui oblige le vendeur à remplir son engagement ? Et, s'il en est ainsi, quel serait donc le trait caractéristique, qui donne à la thèse de la solennité son originalité et l'impose à l'esprit ? Y a-t-il besoin, pour concevoir un contrat de vente qui ne transfère pas la propriété, d'un effort d'esprit tel que, pour l'éviter, on se trouve obligé de l'appeler une promesse de vente ? Tout au contraire ; on trouve dans les textes mêmes du Code un argument décisif, qui nous permet d'appeler *vente* : le contrat qui n'engendre que des obligations personnelles. En effet, comme nous l'avons déjà dit, l'article 235 /300 du Code civil, qui définit la vente, est ainsi conçu : « La vente est un contrat par lequel *une des parties s'oblige à transmettre à l'autre la propriété d'une chose*, en même temps que l'autre s'oblige à payer à la première le prix qui représente la valeur donnée par les contractants à la chose vendue. » Or, l'acte non transcrit est-il autre chose qu'un contrat par lequel le vendeur s'oblige à transférer la propriété de l'immeuble à l'acheteur ? Et s'il en est ainsi, pourquoi donc l'appelle-t-on promesse de vente, plutôt que contrat de vente ! Une différence existe dans les mots ; mais le fonds des choses est toujours le

même. D'ailleurs, la loi n'a point voulu déroger aux dispositions concernant le contrat de vente, mais à celles « sanctionnant le transfert de la propriété » (art. 1^{er}, al. 4). La transcription ne doit donc pas être considérée comme une solennité, affectant le titre d'acquisition, mais comme un mode d'acquérir la propriété.

Ainsi, cette thèse n'a pas prévalu dans la jurisprudence; la grande majorité des jugements et arrêts ont été prononcés en faveur de l'opinion contraire¹.

Cette opinion est exposée d'une façon très précise dans un arrêt récent de la Cour d'appel mixte². « La loi n° 19 de 1923, dit cet arrêt, n'a modifié en rien la structure juridique et les effets du contrat de vente en matière immobilière, sinon sur un seul point, à savoir que la formalité de la transcription est nécessaire, non plus seulement pour rendre ce contrat opposable aux tiers, mais encore pour opérer, même entre parties, transfert de la propriété. »

« Par suite, l'acte non transcrit, préliminaire ou non, n'en continue pas moins, sauf cette exception, à produire tous les effets de vente et notamment l'obligation pour le vendeur de transférer à son acheteur la propriété de l'immeuble vendu et de se prêter, à cette fin, à la confection d'un acte authentique ou même sous seing privé, mais conforme aux prescriptions de la susdite loi et donc susceptible de transcription. »

78. — Enfin, c'est la Cour suprême qui, par un arrêt de

1. V. Fakous, 23 fév. 1926, *Elmuhamah* 7/166/230; Tanta, 6 avril 1926, *B. O.* 27/48/73; Beni Souaf, 13 mai 1926, *Elmuhamah* 6/496/806; Aboutige, 25 janv. 1930, *Elmuhamah* 11/114/188; Elmansourah, 20 oct. 1930, *Elmuhamah* 11/159/287. — V. Trib. civ. Caire, 27 janv. 1926, *Gaz.*, XVI, n° 310; Trib. civ. Mansourah, 29 avril 1926, *Gaz.*, XVI, n° 307; C. A. M., 21 déc. 1926, *B. L. J.*, 39, p. 101; C. A. M., 17 juin 1930, *B. L. J.*, 42, p. 568.

2. 3 déc. 1935. *B. L. J.* 48/45: aussi 21 avril 1936, *B. L. J.* 48/236.

principe du 17 novembre 1932¹, a rejeté la doctrine de la solennité : « D'après l'opinion qui a été longtemps consacrée par la jurisprudence et que cette Cour confirme, dit la Cour de cassation, le contrat de vente est resté, même après la loi sur la transcription, un contrat consensuel, qui est conclu par le consentement réciproque des parties contractantes. La seule innovation apportée par cette loi est de subordonner le transfert de la propriété à la transcription, alors qu'il était l'effet nécessaire de la vente valable (art. 266 C. c.). »

Le vendeur reste, par conséquent, obligé, en vertu du contrat, à la tradition de la chose vendue et au transfert de la propriété, et l'acheteur au paiement du prix. Il en est de même de toutes les autres obligations que crée le contrat. Il y a aussi une jurisprudence constante qui refuse au vendeur le droit d'opposer le défaut de transcription pour obtenir un jugement de consolidation de sa propriété à l'égard de l'acheteur. La même solution doit être appliquée à ses ayants cause universels ; étant donné que l'héritier doit, comme son auteur, se prêter à remplir toutes les formalités requises pour la transcription, soit par la confection d'un acte conforme aux prescriptions de la loi, soit par la rédaction d'un nouvel acte... »

Si nous avons donc quelques doutes à cet égard, la jurisprudence ne nous permettrait point de les conserver, tant elle est depuis longtemps et avec une si constante persistance fixée dans le sens indiqué. Nous persistons donc à appeler l'acte non transcrit « une vente », selon les

1. *Revue El-khanoun wa'-el-ekhtessad* 3/69/480. — Aussi Cass., 22 déc. 1932, pourvoi n° 52, an 2 Jud. : *Revue El-khanoun wa'-el-ekhtessad*, n° 2/80/494.

termes de l'art. 235/300 du Code civil; et nous considérons la transcription non point comme une formalité nécessaire à la conclusion de ce contrat, mais comme une condition *sine qua non* du transfert de la propriété.

SECTION II. — COMMENT PROUVE-T-ON L'EXISTENCE DU CONTRAT.

79. — Reste un point à examiner. Nous avons à nous demander si l'on impose ou non aux contractants de rédiger un écrit en vue de faire *la preuve* du contrat qu'ils ont passé.

Le contrat de vente étant purement consensuel, il vaudra par le seul accord des volontés, et les contractants pourront en faire la preuve suivant les principes du droit commun. En effet, ce contrat est valable, comme un acte purement générateur d'obligations personnelles, par le seul consentement des parties, sans le secours de la transcription. Celle-ci ne constitue donc pas un élément de validité du contrat, mais simplement une formalité propre au transfert de la propriété, lequel n'est que l'un des effets de la vente. Exiger un écrit pour la preuve du contrat, quelle que soit la valeur de la chose vendue, serait d'ailleurs incompréhensible; car s'agissant dans l'espèce d'obligations purement personnelles, leur effet, restreint aux rapports des parties contractantes, n'est jamais opposable aux tiers. Dès lors, où est la raison d'exiger la rédaction d'un écrit pour la preuve du contrat. Il n'en existe aucune à notre sens.

80. — Nous n'insisterons donc pas sur ce point, s'il n'avait été déjà examiné et résolu dans un sens contraire à celui

que nous indiquerons. La Cour d'appel¹ du Caire soutient, en effet, que la rédaction d'un écrit est obligatoire pour prouver le contrat de vente.

Si cette conclusion peut trouver quelque part un fondement légitime, ce n'est certes point dans l'interprétation précise de la loi nouvelle. Mais, puisque la Cour d'appel n'a point reculé devant une telle conclusion, c'est qu'apparemment elle avait de puissants motifs pour la déduire. En effet, la Cour présente à l'appui de son opinion les arguments suivants :

1^o La transcription étant devenue une condition absolue pour le transfert de la propriété, qui est d'ailleurs le but essentiel du contrat, la rédaction d'un écrit s'impose donc pour pouvoir transcrire le contrat.

2^o Les articles 3, 4 et 5 de la loi qui imposent l'insertion dans le contrat de certaines indications, la mise à la disposition des intéressés de formules imprimées et la légalisation des signatures et des cachets des parties dans les actes sous seing privé, nécessitent forcément l'obligation de rédiger un écrit.

3^o Le dernier argument qu'invoque la Cour est fondé sur cette partie de la note explicative sur le projet de la loi : « L'absence d'organisation du notariat en Egypte soulève des questions particulièrement délicates et présente beaucoup de difficultés..., En attendant un remède radical, le Comité s'est préoccupé d'aviser aux moyens d'atténuer, sinon d'éliminer entièrement les inconvénients révélés par l'expérience... »

81. — Ces arguments seraient parfaitement exacts, s'il était vrai que la vente non transcrite est considérée comme

1. V. 13 fév. 1934, *Elmuhamah*, 14, p. 695.

nulle ou inexistante. Mais notre loi tout entière proteste contre cette assertion.

Remarquons tout d'abord que la loi reconnaît elle-même les obligations personnelles, que fait naître le contrat dans ce cas. Or, si le contrat a, quoique non transcrit, une existence présente, s'il fait, en cet état, partie du patrimoine de l'acheteur, par quelle règle juridique parviendra-t-on à exiger un écrit pour le prouver? Du moment que je puis être créancier en vertu d'un contrat non transcrit, pourquoi ne pourrais-je point le prouver par tous les moyens légaux? Loin que la loi y fasse obstacle, elle le permet, au contraire, lorsqu'elle déclare que la modification par elle apportée ne concerne que le transfert de la propriété (art. 1^{er} *in fine*); car dire qu'il n'est dérogé qu'aux dispositions sanctionnant le transfert de la propriété, c'est dire, en d'autres termes, que les dispositions sanctionnant les autres effets de la vente restent intactes. Or, une vente peut, d'après l'article 237 du Code civil, être conclue, soit par écrit, soit verbalement; telle est la disposition de l'article 237, qui ne figure point parmi les dispositions abrogées par l'article 16 de notre loi. Si le législateur a voulu exiger un écrit pour faire la preuve de la vente, il n'aurait pas négligé d'abroger expressément cette disposition, d'autant plus qu'une telle prescription aurait pour effet nécessaire d'introduire une modification radicale des règles de la vente. Aussi, cela est-il si vrai, que notre législateur nous a accoutumé, quand il voulait exiger la preuve par écrit d'un acte déterminé, à l'exiger dans des termes exprès. Que ceux qui pourraient avoir quelque doute à cet égard veuillent bien d'ailleurs se reporter à l'article 363/446 du Code civil, à propos du contrat de bail, ainsi qu'à l'article 46/52, Code du commerce, qui exigent la rédaction

d'un acte écrit pour les contrats des sociétés commerciales.

Quant aux textes de loi invoqués par la Cour d'appel à l'appui de son système, nous allons démontrer qu'ils n'ont pour but que de rendre aussi parfaite qu'efficace la formalité de la transcription. Suivons-les donc pour montrer que chacun d'eux exprime sa raison d'être dans des termes tellement clairs et précis, qu'il est étonnant que la Cour puisse se tromper ainsi dans leur interprétation :

L'article 3 s'exprime ainsi : « Les actes présentés à la transcription devront contenir..... toutes les mentions nécessaires ou utiles pour l'*identification des parties et l'individualisation des biens*... »

C'est donc pour l'identification des parties et l'individualisation des biens que ces mentions sont exigées ; et, de plus, elles ne sont exigées que pour les actes présentés à la transcription. Ainsi, faut-il que l'acte soit présenté à cette formalité ; ce n'est donc pas pour la preuve de l'acte que ces mentions sont exigées, mais pour sa transcription. Rien ne permet alors d'en conclure que le législateur veut imposer la preuve écrite à la vente.

Passons maintenant à l'article 4, qui est ainsi conçu : « Pour *faciliter l'observation des prescriptions* du dit article, le gouvernement mettra à la disposition des intéressés des formules imprimées. »

L'article 5 exige, enfin, la légalisation des signatures et cachets des parties dans les actes sous seing privé présentés pour la transcription. C'est pour empêcher que la transcription soit opérée sur la base d'actes faux, que l'article 5 a prescrit cette garantie.

Le but visé par ces dispositions est ainsi très évident ; c'est de *rendre la transcription efficace et utile*, en permettant aux intéressés d'avoir le plus de renseignements pos-

sibles, aussi bien sur l'immeuble que sur son propriétaire et en évitant autant que possible de prendre une transcription fausse ou erronée. Mais, rien ne permet d'en conclure que la rédaction d'un acte écrit soit désormais exigée pour la preuve de la vente, étant donné que la transcription, comme nous l'avons déjà affirmé, n'est pas un élément de validité de la vente. Cette formalité n'est nécessaire que pour transférer la propriété.

Or, s'il est incontestable que le transfert de la propriété, comme le dit la Cour d'appel, est le but essentiel de la vente, il n'en résulte pas qu'il en soit l'un de ses éléments constitutifs; il n'en est qu'un effet. Avant toute transcription et, par conséquent, avant tout transfert de la propriété, la vente n'existe pas moins comme un contrat productif d'obligations personnelles. Ce contrat ne dépend que de l'accord des volontés des parties, que cet accord soit exprimé verbalement ou par un écrit.

82. — En résumé, une distinction doit être faite entre les éléments nécessaires à la conclusion de la vente et les conditions nécessaires pour le transfert de la propriété. *Le simple consentement suffit pour la conclusion du contrat de vente, sans qu'il soit besoin d'être rédigé dans un écrit.* Pour que ce contrat produise son effet translatif, il faut, en outre, la transcription, qui exige naturellement un acte écrit. Celui-ci n'est donc exigé que pour la transmission de la propriété et non point pour la conclusion du contrat.

Nous n'avons pas besoin d'insister davantage sur ce point. Tout le monde comprendra sans peine que la transmission de la propriété n'étant que l'un des effets de la vente, n'empêche pas par sa suspension la conclusion de ce contrat. Cette distinction est si clairement et si manifestement établie, qu'elle s'impose avec évidence à l'esprit.

Nous arrivons ainsi à cette conclusion, que la perfection de la vente n'est point, en principe du moins et sauf stipulation contraire entre les parties, subordonnée à la condition d'un écrit¹. Toutefois, ce contrat purement consensuel ne crée que des obligations personnelles. Il n'est légalement translatif de propriété qu'à partir de la transcription.

1. V. Tanta, 6 avril 1926, *B. O.* 87-48-73; Aubry et Rau, 4, p. 484. « La clause par laquelle les parties déclarent leur intention de faire convertir en acte notarié l'acte sous seing privé contenant leur convention, disent MM. Aubry et Rau, ou même de faire constater par écrit une *convention purement verbale*, ne fait pas dépendre la formation et l'efficacité du contrat de l'accomplissement de ces formalités, à moins qu'il ne résulte clairement des termes mêmes de cette déclaration ou des circonstances, que telle a été l'intention des parties. »

CHAPITRE II

LES EFFETS ESSENTIELS DE LA VENTE

83. — En droit égyptien, le contrat de vente, à la différence du droit français, ne transfère pas la propriété. Il crée seulement des obligations personnelles et synallagmatiques. Les deux principales obligations que crée le contrat de vente dès que les parties sont tombées d'accord sont :

A. L'obligation pour l'acheteur de payer le prix ;

B. L'obligation pour le vendeur de lui transférer la propriété de la chose.

Ces obligations sont sanctionnées par des actions qui tendent à l'exécution des obligations des co-contractants. En cas d'inexécution par l'une des parties, l'autre a le droit, non seulement d'intenter l'action en résolution du contrat, mais aussi d'en poursuivre l'exécution en nature, du moins tant que rien n'empêche de procéder à cette exécution.

Nous étudierons dans ce chapitre, les obligations de l'acheteur, en y rattachant la théorie des risques, les obligations du vendeur, en y rattachant la théorie du transfert de la propriété dans la vente.

SECTION I. — LES OBLIGATIONS DE L'ACHETEUR.

84. — L'acheteur doit payer le prix en échange de la chose achetée. Il ne peut pas exciper du défaut de transcription pour se dérober à cette obligation. Mais l'acheteur n'a pas à payer le prix, si la livraison de la chose vendue n'est pas faite par le vendeur ou si celui-ci refuse de souscrire un acte de vente définitif, établi dans les formes prescrites par la nouvelle loi pour sa transcription. Il pourra donc lui opposer l'exception *non adimpleti contractus*, car les obligations que fait naître le contrat sont synallagmatiques elles doivent alors être exécutées trait pour trait (principe de simultanéité). Mais l'acheteur peut, nous le verrons plus loin, suppléer à ce refus en requérant contre le vendeur un jugement qui lui tiendra lieu d'un acte régulier.

85. — Les héritiers de l'acheteur ne sont pas, non plus, recevables à opposer le défaut de transcription pour se soustraire à leur obligation de payer le prix. Il a même été jugé qu'ils ne sauraient opposer au vendeur l'*exceptio non adimpleti contractus*, en soutenant qu'il lui incomberait d'abord de les mettre en possession, alors que leur auteur a déclaré dans le contrat de vente avoir été mis en possession des immeubles vendus. Le contrat valable est la loi des parties qui l'ont fait (art. 203, 292, 1322 C. civ.).

86. — A côté de cette obligation principale, peuvent naître des obligations accessoires :

a) Si l'acheteur tarde à payer le prix, il sera tenu de payer au vendeur des intérêts moratoires ; ces intérêts sont, en quelque sorte, le contre-poids du droit de l'acheteur aux fruits et revenus de la chose, qui se trouve en sa possession avant la transcription.

b) Au cas d'un retard dans la livraison imputable à l'acheteur, il sera également tenu de payer les frais de la garde de la chose.

Il nous reste à nous demander si l'acheteur reste tenu de payer le prix quand le vendeur est libéré par la perte de la chose avant la transcription. C'est la théorie des risques à laquelle nous arrivons maintenant.

La théorie des risques dans la vente non transcrite.

87. — Pour la comprendre, il faut avoir dans l'esprit le cas suivant : Il y a eu vente d'une maison, laquelle est détruite par un cas fortuit avant la transcription du contrat de vente, mais après la mise en possession de l'acheteur.

Alors s'applique la règle « *debitor rei certæ interitu liberatur* », et le vendeur est libéré de son obligation de transférer la propriété de la maison.

Mais voici la question qui se pose : cette perte fortuite de la chose va-t-elle mettre obstacle à l'exigibilité de l'obligation de l'acheteur de payer son prix ? Celui-ci continuera-t-il à devoir le prix de la chose qu'il ne peut plus avoir puisqu'elle a péri, et bien que le vendeur ne soit pas tenu de payer des dommages-intérêts, puisqu'il n'est pas responsable de cette perte fortuite ?

Si oui, les risques de la chose vendue sont, dans cette hypothèse, à la charge de l'acheteur. Il n'aura pas la maison, et il en payera le prix, c'est lui qui supportera en définitive la perte.

Mais, si l'acheteur est, au contraire, libéré de son obligation de payer, les risques seront pour le vendeur, qui supportera seul la perte de sa maison, puisque l'acheteur ne lui

en doit pas le prix. Par conséquent, suivant que l'on décide que l'acheteur restera tenu ou non de payer le prix de la chose vendue, les risques seront ou non pour lui.

Quelle sera donc la règle du droit égyptien sur cette matière ? Pour qui sont les risques de la vente en notre droit ? Seront-ils, dans notre hypothèse, pour l'acheteur ou pour le vendeur ?

88. — Sur la question des risques de la chose dans le contrat de vente d'immeuble, le droit français applique la règle célèbre : *res perit domino*. Or, comme le contrat de vente transfère immédiatement la propriété de la chose vendue entre les parties contractantes, les risques, par conséquent, sont pour l'acheteur du jour de la vente.

89. — Quant au droit égyptien, la règle est différente. Statuant sur cette matière, l'article 297/371¹ nous dit que c'est le vendeur qui supporte les risques avant la livraison de la chose vendue. Cela signifie que c'est *la possession de la chose qui dispose du sort des risques* et non pas la qualité de propriétaire. Le vendeur est-il resté en possession, les risques sont pour lui. A-t-il déjà livré la chose à l'acheteur, il met, par là-même, la chose à ses risques.

Cette règle se justifie par un motif d'équité déjà allégué par les Romains : *Commo dum esse debet cujus periculum*; « les risques doivent être là où sont les avantages ». L'acheteur, une fois mis en possession de la chose, profite de ses fruits et de ses revenus à partir de ce moment ; il aura aussi le bénéfice des plus-values et des accroissements qui surviendraient à la chose vendue, en attendant la transcription. Dès lors, il est juste et équitable que, par compensation, ce soit lui qui supporte les risques des diminutions de valeur, et même celui de la destruction totale.

1. Cpr. C. civ. f., 1624, 1631.

90. — Ce principe doit, à notre avis, persister sous l'empire de la loi nouvelle, étant donné que sa raison d'être est toujours la même, et que l'article 297/371 n'a pas été abrogé par cette loi.

Ce point étant assez délicat, il faut y insister un peu pour l'éclairer.

C'est à l'acheteur, et non point au vendeur, qu'incombe la charge de la transcription. Or, si le vendeur a rempli de son côté toutes les démarches nécessaires; ainsi s'il a passé avec l'acheteur un acte conforme aux prescriptions de la loi et, par conséquent, susceptible d'être transcrit, qu'il a de plus aidé l'acheteur à se mettre en possession du bien vendu; l'acheteur qui est en fait devenu le maître de ces biens n'a plus, pour le devenir en droit, qu'à faire transcrire son titre. Supposons donc que la chose ait péri dans l'intervalle entre la prise de possession et la transcription, personne ne saurait prétendre que les risques seront pour le vendeur, qui se trouve déchargé de toutes ses obligations.

Nous ne prétendons pas d'ailleurs qu'il soit foncièrement équitable de faire supporter les risques à l'acheteur, qui peut lui-même être victime aussi bien que le vendeur. Mais, iniquité pour iniquité, nous préférons celle qui se trouve imposée par la volonté de la loi.

Aussi, comment peut-on justifier l'existence de la chose entre les mains de l'acheteur? De deux choses l'une : ou l'acheteur, en prenant possession de la chose avant la transcription, a implicitement accepté de supporter les risques, ce qui est parfaitement valable; ou il n'en est qu'un simple usurpateur. Or, dans l'un ou l'autre cas, les risques seront nécessairement pour lui; car il est permis à tout débiteur de prendre à sa charge les cas fortuits, et d'autre part, les risques de perte fortuite de la chose reçue

indûment sont à la charge de l'*accipiens* de mauvaise foi. Mais il ne s'agit pas dans ce dernier cas d'un contrat.

Cette solution de principe que nous avons donnée à la question des risques est à ce point la seule qui soit conforme à l'équité et à l'esprit de la loi, qu'elle a toujours été admise, tant par nos auteurs¹ que par nos tribunaux².

91. — Il est, du reste, incontestable que la règle qui met les risques, dans notre hypothèse, à la charge de l'acheteur n'est *pas d'ordre public*, et pourrait être renversée par la volonté contraire des parties.

SECTION II. — LES OBLIGATIONS DU VENDEUR.

92. — La loi sur la transcription n'ayant modifié la structure juridique et les effets du contrat de vente en matière immobilière que sur un seul point ayant trait à son effet translatif, l'acte de vente, bien que non transcrit, n'en continue pas moins à produire entre les parties, d'après la même loi, tous les autres effets découlant de pareil contrat³.

Le vendeur est donc tenu en vertu de l'acte non transcrit de livrer la chose vendue ainsi que ses fruits, en cas de retard, à l'acheteur⁴ (art. 271/342/1604 C. civ.). Il doit conserver la chose, et sera responsable si elle est perdue par sa faute, ainsi que comptable de ses fruits depuis la conclusion du contrat⁵. Le vendeur doit aussi garantir l'acheteur, suivant les règles du droit commun en cette matière (art. 300/374/1626 C. civ.).

1. Zohni Bey, *Elmuhamah*, 6, p. 606; Salib Sami Bey, *loc. cit.*, p. 668.

2. Mansourah, 21 oct. 1930, *Elmuhamah* 11/159/287.

3. C. A., 19 janv. 1937, *Elmuhamah* 17/534/1050.

4. C. A. du Caire, 4 fév. 1933, *Elmuhamah* 14/1/1.

5. Cass., 4 juin 1936, *Kh. Kh.* 6/2431/84.

Mais toutes ces obligations ne sont, pour ainsi dire, que des obligations *secondaires* ou plutôt *subsidiaries*; l'obligation principale, essentielle, du vendeur est celle de transmettre la propriété à l'acheteur.

La théorie du transfert de la propriété.

93. — La formalité de la transcription est devenue nécessaire non plus seulement pour rendre le contrat de vente opposable aux tiers, mais encore pour opérer, même entre les parties, transfert de la propriété. Cet effet translatif de la vente ne dépend donc plus du seul consentement des parties contractantes; c'est ainsi que *l'obligation de transférer la propriété de la chose vendue se présente comme l'obligation essentielle du vendeur.*

94. — Qu'entend-on par obligation de transférer la propriété?

Cela signifie que l'acheteur est en droit d'exiger que le vendeur lui transmette la propriété de l'immeuble vendu et se prête, à cette fin, à la confection d'un acte susceptible de transcription, d'après les prescriptions de la loi.

Si l'acheteur n'a point de titre, il peut s'adresser à son vendeur, pour l'obtenir. Si le vendeur refuse, par mauvaise foi ou par toute autre cause, la confection d'un acte régulier, que faire alors? Faudra-t-il que l'acheteur reste désarmé en présence de ce mauvais vouloir? Point du tout. Une autre ressource lui est ouverte. Qu'il appelle le vendeur en justice, à cet effet, pour faire prononcer à son encontre un *jugement en confirmation du contrat* : si sa poursuite réussit, le jugement qu'il obtiendra lui servant de titre susceptible d'être transcrit, la transcription qu'il en fera faire lui transférera la propriété malgré l'obstination du vendeur.

95. — Ce point nous semble incontestable. La Cour d'Alexandrie a, il est vrai, décidé que dans l'hypothèse d'une vente non transcrite, l'acheteur, n'ayant acquis, en vertu de ce contrat, que des obligations personnelles, n'a contre son vendeur qu'une simple créance, qui se résout en dommages et intérêts au cas de son inexécution¹; mais cette décision viole trop ouvertement les principes juridiques, pour qu'on puisse craindre qu'elle fasse jamais autorité. Car on est d'accord pour reconnaître que, d'une part, le contractant est obligé d'exécuter la prestation à laquelle il s'est engagé, et d'autre part, que son cocontractant a le droit d'exiger l'exécution en nature de ce qui lui a été promis; il n'est pas tenu de se contenter de dommages et intérêts. L'exécution en nature peut toujours être demandée, tant que la prestation peut être exécutée, sans exercer une violence sur la personne du débiteur (art. 117/174/1143).

Si l'on admet avec nous que la vente est valablement conclue par le fait que le consentement de l'acheteur vient se joindre au consentement du vendeur, il faut également reconnaître avec nous que l'acheteur, malgré la résistance du vendeur, a le droit d'exiger l'exécution en nature de ce contrat.

96. — Mais il y a des cas où l'acheteur sera obligé de se contenter de demander des dommages-intérêts, ce sont le cas où l'exécution en nature de l'obligation du transfert de la propriété, devient, non seulement matériellement, mais aussi *juridiquement impossible*. Nous visons par là le cas où la propriété de l'immeuble vendu a été légalement acquise par un autre acheteur du chef du vendeur. L'exécution en nature devient juridiquement impossible dans un pareil cas

1. Alexandrie, 24 oct. 1927, *B. O.* 29/14/31, *Elmuhamah* 8/16/222.

pour la simple raison qu'on ne peut pas la poursuivre ni contre le vendeur, qui se trouve ainsi dépouillé de la propriété, ni contre le tiers acquéreur, car aucun lien juridique n'existe entre lui et le premier acheteur; le contrat de celui-ci n'a aucun effet à l'égard des tiers. Ainsi, l'acheteur ne peut pas, avant d'avoir rempli la formalité de la transcription, invoquer aucun droit sur l'immeuble, contre quiconque prétendrait avoir acquis, depuis le contrat conclu en sa faveur, du chef du vendeur, des droits quelconques sur l'immeuble à lui vendu¹.

On arrive donc à cette conclusion que : celui qui, par suite d'une vente valable, est en droit d'exiger la transcription de son contrat, ne peut agir que par *la voie d'une action personnelle contre son cocontractant*, il n'a *aucune action réelle* ni contre celui-ci ni contre les tiers².

97. — On peut enfin se demander si le vendeur reste, dans son intérêt même, investi de la propriété vis-à-vis de l'acheteur, tant que la vente n'aurait pas été transcrite. Le vendeur est-il autorisé à opposer le défaut de transcription de la vente par lui consentie pour reprendre son bien, qui se trouve déjà dans la possession de l'acheteur ?

A ne considérer que les principes généraux, la négative n'est point douteuse. Le vendeur, étant tenu d'exécuter ce qu'il a promis, ne saurait être admis à se prévaloir du défaut de transcription de l'acte par lui consenti. Ce propriétaire ne saurait, en conséquence, se fonder sur le défaut de transcription, pour se soustraire à son obligation de garantie³.

1. C. A., 19 fév. 1930, *Elmuhamah* 11/141/854.

2. C. A., 22 mai 1927, *Elmuhamah* 8/231/308; B. O. 27/105/166; Aboutig, 25 janv. 1930, *Elmuhamah* 11/114/188; Cass., 22 déc. 1932. *op. cit.* — *Contra* : C. A., 23 fév. 1932, *Elmuhamah* 13/36/93.

3. C. A., 22 mai 1927, *op. cit.*

98. — Mais, remarquons-le bien, le vendeur ne pourra pas être repoussé par l'exception *rei venditæ et traditæ*, eût-il lui-même vendu et livré la chose à l'acheteur. Admettre le contraire, aurait été créer, comme dans l'ancien droit romain, deux propriétés rivales, l'une dérivant de l'ancien titre de propriété du vendeur originaire, l'autre du simple contrat, suivi de la tradition¹. Or, nous ne croyons pas que cette solution doive être admise. Le contrat non transcrit ne peut produire que des obligations personnelles, et j'ajoute même purement personnelles.

Quant à la distinction faite par M. Zohni Bey entre la propriété complète, telle qu'elle serait acquise à l'acheteur par la transcription, et la propriété incomplète, dont il se trouverait investi par l'effet du contrat, nous avouons qu'il nous est impossible de l'admettre. Ou on est propriétaire, ou on ne l'est pas. La transcription n'est pas exigée pour compléter un droit de propriété, déjà existant dans le patrimoine de l'acheteur, mais pour lui conférer ce droit tout entier, pour lui donner le titre de propriétaire. Avant cette formalité, il n'est qu'un simple créancier d'obligations personnelles; après cette formalité, il devient propriétaire, titulaire d'un droit réel. C'est par conséquent tenter l'impossible que vouloir priver l'acheteur de tout droit de propriété et lui accorder en même temps les prérogatives d'un propriétaire. A notre sens, il n'y a et il ne peut y avoir aucune différence entre la propriété complète et celle que l'on dit incomplète. Une variante existe dans les mots, mais le fond des choses est le même. Dans tous les cas, il s'agit d'un droit de propriété.

Ainsi, le vendeur ne peut pas être repoussé par une

1. V., dans ce sens, Zohni Bey, *op. cit.*, p. 8 et s.

exception, mais, ce qui est tout à fait différent, par une demande reconventionnelle. Le possesseur agira donc par une action tendant à faire condamner le propriétaire-vendeur à lui transférer la propriété.

99. — Les héritiers du vendeur sont dans la même situation que leur auteur et, par conséquent, ne sont pas recevables à exciper du défaut de transcription contre l'acheteur.

CHAPITRE III

LES SANCTIONS JURIDIQUES GARANTISSANT L'EXECUTION DU CONTRAT

100. — Nous avons montré que le contrat de vente crée des obligations personnelles entre les parties par le simple consentement mutuel; que la transcription est devenue une condition essentielle du transfert de la propriété, mais qu'elle n'est pas une condition de validité de l'acte même en tant qu'il crée ces obligations personnelles.

Nous avons aussi affirmé que l'acheteur d'un immeuble par un acte sous seing privé non transcrit peut requérir en justice un jugement constatant la vente à lui consentie et tenant lieu et place d'un acte susceptible de transcription et obtenir ainsi le transfert de la propriété. Aussi le contrat de vente, s'il ne transmet pas la propriété *ipso jure*, donne-t-il toutefois les moyens juridiques qui sont nécessaires pour l'obtenir *ope actionis*.

Sur ce point, il est bon de citer un arrêt de la Cour d'appel mixte, où la règle est exposée d'une façon très précise. « Si, d'après la loi sur la transcription, la vente n'est pas la source immédiate d'un *jus in re*, il est d'autre part incontestable qu'elle fonde un véritable *jus ad rem*, car l'acheteur, en vertu de l'obligation que le vendeur a contractée de lui transmettre la propriété de la chose vendue, peut contraindre son cocontractant à faire tout ce qui est nécessaire

pour l'accomplissement de la formalité de la transcription ou à s'abstenir de tout ce qui pourrait y être obstacle¹ ».

Nous allons traiter successivement des moyens juridiques d'exécution du contrat, de la nature personnelle ou réelle de l'action en réalisation de la vente, de la transcription de la demande introductive de l'instance et du jugement du tribunal à cet égard.

SECTION I. — L'ACTION EN RÉALISATION DE LA VENTE

101. — La loi sur la transcription exige certaines conditions de forme, pour que le contrat soit admis à la transcription. Ainsi, l'acte doit contenir « toutes les mentions nécessaires ou utiles pour l'identification des parties et l'individualisation des biens » (art. 3). Plus importante encore est la prescription de la légalisation des signatures et des cachets des parties dans un acte sous seing privé.

Ces prescriptions sont ainsi devenues des conditions *sine qua non* de la transcription. En conséquence, leur défaut, s'il ne rend pas le titre nul, fait au moins obstacle à sa transcription. Or, comme l'exécution de ces prescriptions nécessite la collaboration du vendeur, il serait invraisemblable de laisser l'acheteur à sa merci ou de le livrer à son caprice ou à sa malice. Aussi, la jurisprudence lui reconnaît-elle le droit, le cas échéant, d'actionner le vendeur, soit en représentation du titre par lui détenu, soit en confection d'un acte susceptible d'être transcrit, soit en légalisation de sa signature apposée à l'acte sous-seing privé, en conformité de la loi.

102. — Cette jurisprudence est née de la nécessité même

1. 21 déc. 1926, *B. L. J.*, 39, p. 101.

des choses : l'équité y applaudit, la raison l'approuve, jamais personne n'a songé à la critiquer. Elle peut aussi être soutenue par des arguments très fermes et appuyée sur un fondement juridique inébranlable.

En effet, n'est-il pas dit dans l'exposé des motifs du projet de la loi : « *Si l'aliénateur met l'acquéreur dans l'impossibilité de remplir utilement la formalité nécessaire pour opérer le transfert, il est passible d'une action personnelle.* » Peut-on en conclure que le vendeur par un acte non transcrit pourra, s'il le préfère, se libérer en payant à l'acheteur des dommages et intérêts ? Une telle conclusion me paraît non seulement inadmissible, mais encore impossible.

D'ailleurs, M. le Conseiller Piola Casili, membre du Comité spécial, qui a été chargé de préparer la nouvelle loi, a déclaré pendant la séance où cette question a été soumise à la discussion, que « le simple accord des volontés des parties suffit pour faire de l'acheteur un créancier qui peut non seulement poursuivre l'aliénateur en dommages et intérêts en cas de la non-exécution de ses obligations, mais même poursuivre l'obtention d'un *jugement qui tiendra lieu et place du contrat et pourra être transcrit*¹ ». Or, ce sont ces conclusions qui ont été adoptées par le législateur et dont on a entendu le retentissement dans la phrase citée de la note explicative.

103. — De plus, les tribunaux se sont efforcés d'appuyer leur jurisprudence sur des arguments juridiques, sur les textes mêmes de la loi. Ils ont invoqué, à cet effet, les articles 251, 253, 254 et 271 Code procédure, concernant la vérification d'écriture.

L'article 251/290/193 Code procédure s'exprime ainsi : « Le bénéficiaire d'un titre sous seing privé peut citer

1. Séance du 20 nov. 1922, procès-verbal n° 3, p. 3.

devant le tribunal, par action principale, et dans les formes ordinaires, celui pour qui ce titre implique une obligation, même non échue, pour lui faire déclarer qu'il reconnaît son écriture, sa signature ou son cachet. » L'action de l'acheteur n'est donc qu'une application spéciale de cette règle générale conçue dans l'article 251/290 Code de procédure, qui n'a pas été abrogé par la nouvelle loi. L'acheteur peut ainsi, se fondant sur cet article et sur le fait que le vendeur ne s'est point présenté au greffe pour légaliser sa signature, demander au tribunal de la vérifier et de déclarer la vente parfaite au cas de sa sincérité.

L'acheteur peut ainsi contraindre le vendeur à exécuter son obligation; il peut aussi se passer totalement de sa contribution. Tant pis pour lui s'il ne comparaît pas, le jugement par défaut vaudra reconnaissance (art. 253, 292/193 C. pr.).

Que le tribunal d'Alexandrie¹ ne nous fasse pas cette objection prise à la légère que la légalisation des signatures est un fait personnel qui dépend de la seule volonté du vendeur, laquelle ne saurait être suppléée par un jugement du tribunal. Cette objection viole ouvertement les textes de la loi qui, nous venons de le montrer, autorise à citer devant le tribunal celui qui refuse de se présenter au greffe pour légaliser sa signature pour lui faire déclarer qu'il la reconnaît; et qui autorise le tribunal à suppléer par son jugement à sa volonté, en déclarant la sincérité de la signature.

Le tribunal du Caire, dans un arrêt du 18 octobre 1926², s'est insurgé contre cet argument par analogie tiré de l'article 251/290/193 Code procédure. Il trouve que cette

1. 24 oct. 1927, *loc. cit.*

2. B. O. 27/105/166.

analogie fait défaut étant donné que l'objet de ces deux actions, l'action en vérification d'écriture et l'action en réalisation d'un contrat de vente sous seing privé, n'est pas le même. L'action en vérification d'écriture ne touche point au fond du litige; ce n'est qu'une action par anticipation qui tend à une chose déterminée, à savoir la reconnaissance ou la dénégation des signatures ou de l'écriture par l'adversaire. Tandis que, par l'action en réalisation d'un contrat de vente sous seing privé l'acheteur expose au tribunal une question de fond, que celui-ci doit examiner et résoudre.

Cette objection de la part du tribunal est mal fondée. Si le tribunal était allé un peu plus loin dans la lecture des textes, il se serait trouvé en face de l'article 271/312 Code procédure, qui s'exprime ainsi : « Le tribunal statuera sur la sincérité de la pièce vérifiée, *sauf à juger ensuite sur le fond, s'il en est saisi* ». Il n'est donc point équivoque, d'après ce texte, que le tribunal puisse être saisi aussi bien du fond que de la forme du contrat en litige. Aussi, cette analogie est-elle invoquée par la majorité des arrêts¹, et finalement consacrée par un arrêt récent de la Cour de cassation².

104. — Toutefois, cette analogie ne pourrait plus être invoquée si, nous plaçant en face des cas extrêmement rares, nous devons supposer que l'acheteur n'ait point rédigé un acte, ou, en l'ayant rédigé, cet acte se trouve détenu par le vendeur. Dans des cas pareils, nous ne serions plus en présence d'un acte, d'une écriture, dont il s'agit de légaliser la signature, mais tout différemment, en pré-

1. V. Manfalout, 17 juin 1926, *B. O.* 27/105/168; Le Caire, 4 juill. 1927, *B. O.* 28/136/263.

2. Cass., 5 janv. 1933, *Kh. Kh.* 3/69/86.

sence d'un contrat, d'un titre, dont on veut prouver l'existence.

Dans ces cas, le doute n'est possible qu'en ce qui concerne la recevabilité de cette preuve. Or, il ne devrait plus l'être; car s'il est un point sur lequel la doctrine et la jurisprudence ont fini par se mettre d'accord, c'est sans contredit sur le caractère purement consensuel de la vente.

Il est certain que la vente est née dès l'existence d'un accord de volontés; elle ne transfère pas la propriété, point de doute; mais il est tout aussi incontestable qu'elle crée l'obligation de la transférer.

Cette interprétation n'a rencontré partout que des adhésions. Elle a été soutenue et développée par la Cour suprême. Aussi, cette obligation du vendeur se traduit-elle dans celle de faire tout ce qui est nécessaire pour que la formalité de la transcription puisse être accomplie et, en particulier, de se prêter, sur la première réquisition de l'acheteur, à la confection d'un acte remplissant toutes les conditions voulues par la loi sur la transcription. Ainsi qu'il est admis pour toute obligation de faire, au cas où le vendeur se refuserait à s'exécuter, le jugement du tribunal tiendrait lieu du titre manquant et sa transcription opérerait transfert de la propriété à l'acheteur¹. Rien n'est plus évident, car il est toujours possible d'obtenir par voie de justice l'exécution spécifique d'une obligation de faire, lorsque le « faire consiste dans l'accomplissement d'un acte juridique, et non point d'un fait personnel du débiteur. »

1. V. art. 117/174/1143.

SECTION II. — LA NATURE JURIDIQUE DE L'ACTION
EN RÉALISATION DE LA VENTE.

105. — Il est ainsi incontestable que l'acheteur, en vertu de l'obligation du transfert de la propriété, que le vendeur a contractée envers lui, peut le contraindre à faire tout ce qui est nécessaire pour l'exécution de cette obligation, au moyen de l'action en réalisation du contrat. Il nous reste à nous demander quelle est la nature juridique de cette action.

La question n'est pas sans intérêts pratiques. Il importe de décider si cette action est personnelle ou réelle, pour résoudre la question de compétence entre les différents tribunaux. Si elle a un caractère personnel, elle sera de la compétence du tribunal du domicile du défendeur *forum rei*; tandis que dans l'autre cas, elle devra être portée devant le tribunal, dans le ressort duquel se trouvent les biens vendus *forum sitæ*.

106. — Ce qui détermine la nature d'une action, c'est son *but* et son *objet*; mais il ne faut pas confondre la classification d'après le but avec celle d'après l'objet.

D'après leur *but*, d'abord : Les actions se divisent en *actions personnelles*, d'une part, et en *actions réelles*, de l'autre. Une action qui a pour but la reconnaissance, l'exercice, la constitution ou la récupération d'un *droit réel*, est nécessairement une action réelle. Par contre, l'action, qui tend à la protection d'un *droit d'obligation*, est personnelle.

Les actions se divisent ensuite, d'après leur *objet*, en actions *mobilières* ou *immobilières* suivant que cet objet est un bien *meuble* ou *immeuble*.

107. — Après cette explication préliminaire, la question que nous nous proposons de résoudre est devenue parfaitement claire. On peut maintenant la poser de la façon suivante : quel est le but visé par l'action en réalisation du contrat ?

Il faut toujours partir de ce principe, désormais incontesté et incontestable, que le contrat de vente reste, malgré la nouvelle loi sur la transcription, un contrat consensuel productif d'obligations personnelles. La loi nouvelle n'a affecté la vente que comme un contrat translatif de propriété. Tandis que, d'après le système du Code, l'obligation du transfert de la propriété était censée être exécutée par le fait même de la conclusion de la vente, la nouvelle loi rattache et subordonne cet effet translatif, même entre les parties, à l'accomplissement de la formalité de la transcription.

Cela fait que l'acheteur, muni d'un acte non transcrit, ne peut plus exercer les actions réelles, droit que, avant cette loi, il puisait dans son droit de propriété ; ce droit, il s'en trouvait investi *ipso jure* vis-à-vis de son vendeur par la seule puissance de l'accord des volontés. Mais actuellement, *il n'est plus permis à l'acheteur, tant qu'il n'a pas transcrit son titre, d'intenter une action en revendication de la chose vendue*¹. Il ne saurait, non plus, demander la consolidation de sa propriété sur le bien vendu ni vis-à-vis de son vendeur ni à l'égard des tiers ; puisqu'il n'est pas devenu propriétaire des biens vendus et n'a, par conséquent, aucune action réelle à sa disposition².

Ainsi, les actions découlant du contrat et tendant à con-

1. V. Cass., 22 déc. 1937, *Kh. Kh.* 3/80/494.

2. Le Caire, 4 juil. 1927, *B. O.* 28/136/263 ; Aboutig., 25 janv. 1930, *Elmuhamah* 11/114/188.

traindre le vendeur à exécuter ses obligations, y compris celle de lui transférer la propriété, en lui facilitant l'accomplissement de la formalité de la transcription, *ne sauraient être que des actions personnelles.*

Nous nous expliquons. Nous supposons que l'acheteur, n'ayant été nanti que d'un acte non susceptible d'être transcrit, ne soit pas devenu, faute de transcription, propriétaire des biens à lui vendus. Il n'a donc que ces obligations personnelles auxquelles, d'après l'article premier de la nouvelle loi, donnent lieu, entre les parties, les actes non transcrits.

Ainsi, si l'acheteur ne peut pas réclamer la propriété de la chose vendue, quel sera alors le but de l'action personnelle qu'il fait valoir ? La réponse en est bien simple. L'acheteur va sûrement demander au tribunal : 1° de déclarer valable la convention litigieuse ; 2° de dire que le jugement à intervenir dûment transcrit forme son titre de propriété.

Le tribunal n'a donc qu'à *constater l'existence du contrat* déjà intervenu et son jugement, dans la matière, étant susceptible d'être transcrit suppléera au titre manquant ou insuffisant.

Il est ainsi évident, que l'action en réalisation de la vente ne tend qu'à obtenir de la justice la prestation même, à laquelle le vendeur s'est obligé, c'est-à-dire un *titre apte à la transcription* ; ce qui fait que cette action est purement personnelle. Le fait que la transcription de ce titre transfèrera à l'acheteur un droit réel, ne saurait changer la nature de notre action, étant donné que le transfert de l'obligation à l'acheteur est précisément l'obligation du vendeur. Or, agir pour l'exécution de cette obligation, c'est exercer un droit personnel.

S'il nous reste encore quelque doute sur le caractère

personnel de ces actions, il sera complètement dissipé si l'on considère que ce n'est pas par l'effet même du jugement que l'acheteur sera investi de la propriété, mais, ce qui est tout à fait différent, c'est la transcription de ce jugement qui opérera ce transfert. Il n'y a donc pas lieu de nous objecter que cette action concerne le droit de la propriété; car la propriété ne sera transmise, en tout ou en partie, que par la transcription du jugement¹.

De plus, l'acheteur ne peut demander au tribunal de déclarer la vente comme parfaite et de considérer ensuite le jugement ainsi obtenu comme transférant la propriété depuis sa transcription, à moins qu'il ne soit établi que l'immeuble se trouve en possession du vendeur. S'il est prouvé, au contraire, que l'immeuble est sorti du patrimoine du vendeur par une autre aliénation valable, l'acheteur ne peut plus qu'intenter une action en dommages et intérêts. Il ne saurait poursuivre l'exécution directe de son droit, car il ne pourrait exercer de poursuite contre le nouvel acquéreur que s'il était muni d'une action réelle. Or, cette action, il ne la possède plus depuis la nouvelle loi, n'étant qu'un simple créancier d'obligations personnelles².

La question est donc résolue. Ces arguments s'imposent par l'autorité de l'évidence. Nous devons ainsi conclure que *l'action en réalisation de la vente est, d'après son but, une action personnelle*³.

108. — D'après son objet, c'est une *action immobilière*. Rien ne choquant à cela. Comme il y a des actions réelles qui sont mobilières, il se trouve des actions personnelles immobilières. Or, notre action en offre le meilleur exemple;

1. V. Alexandrie, 8 janv. 1930, *Elmuhamah* 10/366/735.

2. C. A., 19 fév. 1930, *Elmuhamah* 11/141/254.

3. Manfalout, 17 juin 1926, *B. O.* 27/105/168; Aboutig., 25 janv. 1930. *loc. cit.*

elle est personnelle, comme tendant à l'exécution en nature par voie de justice de la prestation à laquelle le vendeur s'est obligé, et elle est immobilière, car son sujet, qui est en même temps l'objet du contrat, est un immeuble.

109. — Il s'ensuit que cette action, ayant un caractère personnel, quoique immobilière, doit être portée devant le *tribunal du domicile du défendeur* (art. 34/35/59 C. pr.) et qu'il ne sera pas de la compétence de la juridiction mixte, quand les deux parties contractantes seront de la même nationalité (art. 9 R. O. T. M.).

SECTION III. — TRANSCRIPTION DES DEMANDES EN JUSTICE

110. — L'article 7 de notre loi est ainsi conçu :

« Les demandes en annulation, résolution, révocation ou rescision d'actes soumis à la transcription, devront être annotées en marge de la transcription de l'acte attaqué. »

« Si l'acte n'a pas été transcrit, ces demandes seront transcrites.

« Les demandes en revendication de tous droits réels immobiliers seront également annotées ou transcrites. »

C'est l'article 12, qui nous indique l'effet de cette annotation ou transcription des demandes en justice, en disposant que : « le droit du demandeur, s'il est constaté par un jugement régulièrement annoté, devient opposable aux tiers acquéreurs et aux créanciers hypothécaires dès la date de l'annotation ou transcription de la demande. »

111. — Parmi les actions énumérées par l'article 7, l'action en réalisation du contrat de vente non transcrit ne figure pas. D'où une discussion très vive entre les auteurs, pour savoir si l'on doit ou non permettre à l'ache-

teur de faire transcrire sa demande en justice et d'obtenir, par cette voie, toute la sécurité accordée par l'article 12.

Bien que la loi ait été élaborée avec un soin tout particulier, les règles qu'elle a tracées sur cette matière sont si obstinément obscures et aussi tellement vagues qu'il faut s'attendre à voir surgir de pareilles discussions. Mais il sera plus fâcheux encore de soutenir que la loi se trouve avoir, sur cette matière, organisé un système de clandestinité, quand elle a pour devise de consacrer le règne de la publicité.

Ces obscurités de la loi, les lacunes qu'on y rencontre et surtout le laconisme désespérant de ses formules appellent et sollicitent le secours des magistrats et des auteurs. Ce secours existe déjà ; nous le continuerons dans cet aperçu. Nous ferons connaître quelle est, selon nous, la solution qu'on peut donner à cette difficulté.

112. — Nous avons montré que l'acheteur, nanti d'un acte non apte à être transcrit ou dépourvu de tout acte, peut appeler le vendeur en justice : si sa poursuite réussit, le jugement qu'il obtiendra lui servant de titre susceptible d'être transcrit, la transcription qu'il en fera parera, pour l'avenir, à tout danger.

Mais qui ne voit que ce secours viendra souvent trop tard, et après que l'acheteur aura été dépouillé par l'effet des actes que son vendeur aura pu consentir à son détriment. Si on lui permet de faire transcrire sa demande en justice, il obtiendra, par cette voie, toute la sécurité que peut donner une *prénotation* dans le système des livres fonciers, et ainsi on coupera court à tout danger. La formule employée dans l'article 7 de la loi est, malheureusement, trop obscure, pour qu'on puisse en dégager cet expédient. En devons-nous conclure que l'acheteur qui,

n'ayant point de titre régulier, et obligé de recourir à la justice dans l'espoir d'en obtenir un, devra fatalement rester, pendant tout le temps que durera le procès, exposé aux dangers qu'il lui importe de prévenir? Puisqu'il ne lui est point donné de remplir les formalités de la transcription proprement dite, ne peut-il point y suppléer par quelque équivalent et, par exemple, par la mention, sur le registre des transcriptions du procès par lui intenté contre le vendeur de la réalisation de la vente, avec tous les détails que les tiers peuvent avoir intérêt à connaître, tels que les noms et prénoms des parties, l'individualisation de l'immeuble vendu et enfin l'indication du prix? Nous n'entendons point, du reste, que le conservateur sera civilement tenu d'accepter cette transcription. Mais, s'il refuse de se prêter à cet arrangement, l'acheteur ne pourra-t-il point, sur simple requête, obtenir du juge de service une ordonnance par laquelle il sera enjoint au conservateur à transcrire sur son registre la demande introduite par l'acheteur, en vue d'obtenir un jugement confirmatif de la vente à lui faite?

Cette proposition nous paraît parfaitement admissible; et bien qu'à première vue elle ait toute l'apparence d'une nouveauté, on va lui trouver une équivalence dans les textes précis et positifs, ainsi qu'on la peut justifier par des inductions auxquelles la raison de droit et l'esprit de la loi prêtent un appui également fort. C'est ce que j'espère démontrer.

Mais voyons les faits tout d'abord, pour poser le problème d'une façon précise.

113. — Nous supposons qu'une vente a eu lieu par un acte sous seing privé, qui ne contient pas les indications prescrites par la loi. Cette vente est pourtant valable,

puisque la loi a pris soin de l'affranchir, comme telle, de toutes formalités.

Ainsi l'acheteur est créancier légitime des obligations personnelles, qui lui ont été reconnues sous l'autorité et la garantie de la loi; il est donc en droit d'exiger le transfert de la propriété à son profit. Mais dans l'espèce, un obstacle se présente qui l'empêche d'exécuter ce transfert par la voie ordinaire de la transcription de son titre. Il s'agit de savoir si cette impossibilité, qui est toute de fait et purement accidentelle, aura pour effet de le laisser absolument désarmé contre les actes que son vendeur pourrait contracter à son préjudice; ou si, au contraire, il lui sera permis de puiser dans l'esprit de la loi l'équivalent du secours qui lui fait défaut.

114. — A cet égard, l'article 14 de l'arrêté ministériel du 12 juillet 1923 nous fournit un premier élément de solution. L'acheteur dont le titre est incomplet peut présenter « *une requête au juge de service expliquant les raisons qui ne permettent pas l'observation des prescriptions de la loi* ». La loi, dans ce cas, prévoyant que le plus léger retard pourrait lui devenir funeste, ne le laisse point exposé au péril qui le menace; elle le relève de la condition fâcheuse dans laquelle il se trouve, et, lui venant en aide, elle l'appelle à participer au bénéfice du droit commun : son acte recevra un *numéro d'ordre provisoire* au registre des requêtes.

Or, entre cette espèce et la nôtre où est la différence? N'est-il pas vrai qu'entre les deux cas l'analogie est entière, absolue? Et s'ils sont identiques dans l'ordre des faits, pourquoi ne pas les assimiler dans l'ordre juridique? N'abusons point d'un oubli de la loi : le législateur ne pouvant ni tout prévoir ni tout régler, il est permis de combler,

par une sage et prudente interprétation de sa pensée, les lacunes qu'il a laissées subsister dans les détails. Les rédacteurs du Code l'ont eux-mêmes si bien senti que, voulant parer aux inconvénients qu'entraînerait cette imperfection nécessaire des lois, ils ont pris soin d'investir les magistrats qui les appliquent du droit, et même de leur imposer le devoir de se conformer aux principes de l'équité, pour déduire de l'esprit des règles établies l'extension que leurs termes ne comportent point, à cause de leur obscurité, et de les étendre lorsqu'elles sont insuffisantes (art. 11 C. civ. m.). C'est ainsi qu'on valide tous les jours des transcriptions prises en vertu d'un acte sous seing privé, bien qu'il ne contienne pas les indications prévues à l'article 3 de la loi.

Or, si un acte irrégulier peut néanmoins être sauvegardé par une formalité qui étant l'équivalent d'une transcription en tient lieu, n'est-ce pas tout à la fois faire acte de logique et de justice que de permettre à l'acheteur, dans le cas qui nous occupe, de remplacer la transcription proprement dite, par une transcription qui, à la vérité, s'en sépare par la forme ou par la procédure de son exécution, mais qui n'en diffère point quant au fond ?

La loi exige deux choses bien distinctes : l'une qui est essentielle et fondamentale, la publicité de la vente, l'autre, qui n'est que secondaire, la transcription de l'acte de vente, comme moyen de publicité. Or, le mode de publicité que nous proposons est tout aussi efficace que la transcription proprement dite. Qu'importe dès lors qu'il ne soit pas exactement conforme aux textes de la loi, du moment qu'en définitive il réalise son but.

Mais, on peut objecter le danger auquel expose cette solution. Le premier venu pourra, en effet, intenter une

action en réalisation d'une vente, qui n'a jamais existé, et par la transcription mensongère de sa demande en justice entraver et paralyser, pendant un certain temps du moins, le droit du propriétaire de disposer de son bien.

La réponse est très facile; elle nous est donnée par les textes mêmes de la loi : Dans le cas de la transcription d'une demande vexatoire, le propriétaire aura non seulement une action en dommages et intérêts contre l'auteur du préjudice qu'il aura éprouvé; mais aussi une autre voie, plus efficace, lui sera ouverte en vertu de l'article 9 de la loi : A la vérité, cette disposition permet à « toute partie intéressée » de « *se pourvoir en référé pour obtenir la radiation* » de la transcription d'une demande qui paraît manifestement vexatoire. Cette garantie que la loi leur donne est, à leur égard, aussi nécessaire qu'efficace, puisqu'ils n'auront point à souffrir d'une transcription fausse ou injuste.

Le danger qu'on nous oppose n'est ainsi point à craindre. Il est d'autant plus improbable que si un tiers, chicanier ou malhonnête, vient requérir la transcription d'une demande connue pour être manifestement vexatoire, le conservateur ne l'écouterait certainement pas. Le juge auquel il devra alors s'adresser l'écouterait-il mieux? on ne saurait le penser. Ces demandes en justice ne seront donc, en général, admises à la transcription que dans les cas où ceux qui se présenteront comme acheteurs présenteront des garanties morales suffisantes pour écarter tout soupçon de fraude. Si, malgré cela, cette fraude arrive à être revêtue des apparences légitimes, le remède de la radiation est toujours là pour la faire disparaître.

En somme donc, nous croyons fermement que le mode de procéder, dont nous venons de tracer les grandes lignes, peut et doit être admis. Du moment qu'on autorise les

actes irréguliers à recevoir un enregistrement provisoire, pourquoi ne pas admettre la transcription des demandes en justice dont ils font l'objet ? Car, après tout, où est la différence entre les deux cas ? En effet, dans les deux cas on ne vise qu'à faire connaître aux tiers l'existence d'une vente valable et à suppléer provisoirement au défaut d'une transcription définitive.

Au fond, les deux cas sont semblables ; il faut donc, à moins de tomber dans la contradiction la plus flagrante, les régler de la même façon. L'acheteur pourrait certainement, quoiqu'il n'eût qu'un acte irrégulier, faire transcrire provisoirement son acte. Or, ne serait-il pas tout aussi injuste qu'il restât dans le même cas, complètement désarmé et livré à la merci de son vendeur. L'acheteur n'est pas, quand il fait appel à la justice, moins digne d'intérêt, que quand il entend transcrire immédiatement un acte irrégulier.

115. — La Cour de cassation est arrivée à consacrer notre conclusion¹, mais par un raisonnement tortueux. « Il faut pour rendre efficace la disposition de l'article 7, comprendre « *les actions en revendication* » citées dans ce texte, comme toute action dont le but est d'arriver à la revendication, soit directement, soit indirectement ; par exemple, les actions en réalisation d'une vente sous seing privé, ou même verbale ; car elles aboutissent après la transcription de jugements, dont elles ont fait l'objet, à la transmission, au profit du demandeur, de la propriété de l'immeuble vendu. Il n'y a rien d'étonnant à ce que le législateur ait entendu par « actions en revendications » les actions qui aboutissent indirectement à la revendication, étant donné

1. V. Cass., 5 janv. 1933, *op. cit.*

qu'il a employé une formule semblable dans l'article premier, en désignant les contrats soumis à la transcription comme ceux « *ayant pour effet de constituer* » un droit de propriété ou un autre droit réel. Or, ces contrats ne constituent un droit de propriété qu'après leur transcription; la phrase « *ayant pour effet de constituer un droit de propriété* » tend donc à dire : les contrats qui auraient pour effet de constituer ce droit ».

La Cour d'appel mixte, dans un arrêt plus récent¹, a suivi le même raisonnement que la Cour suprême, en considérant la demande introduite par un acheteur muni seulement d'un acte sous seing privé non susceptible de transcription, qui requiert un jugement susceptible d'être transcrit, comme une demande en revendication; elle trouve, par conséquent, que la transcription d'une pareille demande est opérée conformément à l'article 7 de la loi sur la transcription. Cet arrêt, tout à fait récent, confirme donc le mode de procéder que nous admettons sans aucune hésitation.

116. — Mais nous ne nous dissimulons pas la répugnance que nous éprouvons pour cet argument d'analogie employé par les deux Cours. Si nous nous trouvons d'accord avec elles sur la conclusion finale, qui traduit parfaitement la pensée de la loi, nous ne saurions approuver le moyen par lequel elles y ont abouti; nous ne pourrions pas adopter ce lien de parenté qu'elles cherchent à créer entre l'action en revendication et l'action en réalisation de la vente. Si grand que soit l'effort que nous faisons, pour nous y résigner, nous n'arrivons point à nous évader de cette contradiction très choquante entre la nature juridique de ces

1. 21 avril 1936, *B. L. J.*, 48, p. 236.

deux actions. Elles sont radicalement opposées l'une à l'autre : l'une est purement personnelle, tandis que l'autre est foncièrement réelle. Il ne faut donc pas obscurcir la question par une assimilation, qui se trouve si franchement inadmissible. Ne nous servons jamais d'une arme à deux tranchants, car si nous nous défendons par l'un, nous risquerons d'être attaqués par l'autre. Mieux vaut donc dépouiller nos adversaires de tout moyen de nous attaquer.

117. — Ainsi un principe nous est acquis. L'acheteur peut faire transcrire la demande introductive de son action en réalisation de la vente¹. Notre conviction est ainsi faite; ce point paraît incontestable. N'y insistons donc plus.

Mais quel sera l'effet de cette transcription ? La réponse à cette question nous est fournie par l'article 12. Cette transcription a pour effet, nous dit l'article 12 de la loi, que le droit du demandeur, s'il est constaté par un jugement ultérieur régulièrement annoté, *devient opposable aux tiers acquéreurs et aux créanciers dès la date de la transcription de la demande.*

La Cour d'appel mixte, dans son arrêt déjà indiqué, déduit de ce principe un résultat fort intéressant : La faillite du vendeur survenant dans l'intervalle ne saurait enlever à la transcription de la demande cet effet légal. L'annotation du jugement qui statue à son sujet permet donc à l'acheteur de soustraire l'immeuble aux droits de la masse des créanciers du failli.

1. V. *contra* : Alexandrie, 20 mars 1929, *Elmahumah* 9/54/1012.

SECTION IV. — EFFET DU JUGEMENT CONFIRMATIF
DE LA VENTE.

118. — Maintenant que nous savons que l'acheteur, par un acte sous seing privé non susceptible de transcription peut intenter une action en réalisation de la vente, et qu'en prenant la précaution de faire transcrire sa demande introductive d'instance, le jugement qui statue à son sujet rétroagit jusqu'au jour de cette transcription, moyennant seulement l'annotation de ce jugement, il ne nous reste pas grand'chose à dire sur ce sujet, sinon quelques développements des points signalés.

119. — Il nous reste à nous demander quel est l'effet de ce jugement, ou plutôt quelle est la nature de ce jugement. Est-il un jugement translatif de propriété? A-t-il, au contraire, un effet simplement déclaratif d'un droit existant?

A ces deux questions, il ne faut pas hésiter à donner une réponse négative; le jugement n'a ni l'un ni l'autre de ces effets signalés.

Il n'a *pas un effet translatif* tout d'abord. Ce n'est pas par l'effet du jugement que la propriété est transmise à l'acheteur; c'est, tout différemment, la transcription du jugement qui lui confère cette propriété¹. Le jugement n'a pour effet que de faciliter le recours à cette formalité, c'est, en un mot, un titre apte à être transcrit. Il ne fait que compléter l'acte manquant ou suppléer au titre inexistant. Il tiendra donc lieu et place d'un acte régulier. Il donne ainsi à l'acheteur le moyen d'obtenir l'exécution

1. V. Le Caire, 18 oct. 1926, *B. O.* 27/105/166; Alexandrie, 8 janv. 1930 *Elmuhamah* 10/366/735.

spécifique de l'engagement pris par le vendeur de lui transférer la propriété de la chose vendue.

Ce jugement n'est *pas non plus déclaratif d'un droit de propriété*; l'existence de ce droit est subordonnée à la transcription. Aucun droit réel ne peut donc exister avant l'accomplissement de cette formalité¹. Tout ce que l'acheteur demande c'est de faire valoir les droits purement personnels à lui acquis par l'effet du contrat. Il ne saurait, en vertu de ce contrat, prétendre à aucun droit de propriété, ni prendre la qualité du propriétaire.

120. — Ainsi, c'est seulement par la *transcription du jugement*, qui donne gain de cause à l'acheteur, que celui-ci devient propriétaire de l'immeuble. Mais, grâce à la transcription de sa demande en justice, le jugement rétroagit jusqu'au jour de cette transcription; autrement dit, il devient opposable à tous ceux qui ont acquis des droits sur l'immeuble depuis la transcription de la demande en justice (art. 12). Ceux-ci ne seront pas à plaindre; car ils étaient suffisamment avertis par la transcription de la demande de la situation de leur auteur. S'ils ont contracté quand même avec lui, c'est à leurs risques et périls, étant ainsi en connaissance de cause. Il n'y a donc que ceux qui ont contracté avec le vendeur avant la transcription de la demande, qui peuvent opposer à l'acheteur la relativité de la chose jugée. Ils peuvent l'opposer, même s'ils ont eu connaissance de l'existence de l'aliénation antérieure.

Aussi, ce jugement, étant ainsi le complément du contrat de vente, doit, pour éviter tout conflit possible, reproduire les clauses mêmes de ce contrat. S'il y a un acte de vente, il faut qu'il soit, ou incorporé dans le jugement, ou trans-

1. V. Alexandrie, 20 mars 1929, *Elmuhamah* 3/543/1012.

crit en même temps que lui. Ces précautions ont pour effet d'éviter toute prétention future que tel contrat n'a pas été confirmé par tel jugement¹. Ce sont aussi de sages mesures pour donner des renseignements complets à ceux qui veulent se renseigner sur l'état de l'immeuble.

1. Le Caire, 4 juil. 1927, *B. O.* 28/136/263.

TITRE II

LES DROITS RESPECTIFS DES AYANTS-CAUSE DES CONTRACTANTS

121. — Il est maintenant de principe incontestable et incontesté que, en ce qui concerne les immeubles, la propriété n'est transférée entre les parties ou à l'égard des tiers que par la transcription.

Il nous reste à dégager de ce principe, que nous avons déjà montré dans toute sa clarté, l'esprit général de la loi, d'en déduire les règles accessoires dont on pourra se servir pour résoudre les difficultés particulières qu'elle n'a pas aperçues et que la pratique de chaque jour viendra nous révéler.

Nous allons nous poser cette question d'une importance considérable : quels sont les droits des ayants cause respectifs des parties ? Autrement dit, quels sont les pouvoirs légaux dont chacune des parties contractantes se trouve investie jusqu'à la transcription ?

C'est là que nous verrons surgir les conflits entre les différents ayants cause, titulaires des droits réels : et c'est dans notre chapitre premier que nous tâcherons de les départager.

C'est là aussi que nous aurons l'occasion d'exposer dans notre deuxième chapitre, la plus importante et la plus heureuse innovation de notre loi ; à savoir : la protection

des créanciers chirographaires. Ces créanciers, pratiquant une saisie immobilière ou formant une masse dans la faillite du vendeur, pourront-ils opposer le défaut de transcription contre un acheteur dont le titre n'avait été transcrit que postérieurement à la transcription de la saisie ou du jugement déclaratif de faillite ?

CHAPITRE PREMIER

LE SORT DES DROITS RÉELS CONSTITUÉS SUR L'IMMEUBLE AVANT LA TRANSCRIPTION

122. — L'acheteur qui n'a pas encore fait transcrire son titre, peut avoir, lui-même, avant la transcription, conféré des droits sur l'immeuble. A cet égard, nous posons la *règle* suivante : que l'acheteur, n'étant pas devenu propriétaire, n'a pu valablement, avant toute transcription, constituer des droits sur l'immeuble et que ces droits ainsi constitués ne seront valables ni dans les rapports des tiers avec l'aliénateur lui-même, ni dans les rapports respectifs des tiers qui ont traité avec lui.

Ainsi Ali s'est rendu acheteur d'un immeuble : avant d'avoir fait transcrire, il a constitué sur l'immeuble une *hypothèque* au profit de Hassan, et Hassan l'a fait inscrire.

Nous disons, en premier lieu, que cette hypothèque n'est pas valablement constituée par l'acheteur qui ne possédait, au moment de sa constitution, qu'un simple droit personnel. Il se trouve ainsi avoir constitué une hypothèque sur le bien d'autrui, ce qui fait que cette hypothèque est nulle, d'une *nullité absolue*. Elle ne serait opposable ni contre l'acheteur ni contre le vendeur.

123. — Prenons maintenant l'autre aspect de notre problème. Ali, changeant d'avis, fait transcrire son titre, et ceci fait, il constitue une autre hypothèque au profit de

Hamed. Celui-ci pourra-t-il dire : Hassan a une hypothèque antérieure à la mienne, mais constituée à une époque où Ali n'était pas du tout propriétaire ; c'est donc à mon égard une hypothèque constituée avant que Ali fût devenu propriétaire de l'immeuble ? l'affirmative s'impose, à notre avis, sans aucune hésitation. A la vérité, la propriété avant l'accomplissement de la formalité de la transcription n'est pas transférée par le contrat ni entre les parties ni à l'égard des tiers ; il n'y a qu'une simple obligation personnelle de transférer la propriété qui en résulte. Or, le titulaire d'un droit de cette nature ne saurait valablement constituer des droits réels, c'est-à-dire des droits qu'il ne possède point.

Nous n'avons donc pas à ressusciter cette ancienne et pénible controverse, qui, sous le régime du Code, [et qui persiste encore sous le régime français de la transcription régi par la loi du 23 mars 1855], s'élevait à l'occasion de l'interprétation du mot « *tiers* » et quels étaient ces tiers. La nouvelle loi nous a débarrassé définitivement et fort heureusement de ces difficultés.

« Au point de vue pratique, dit la note explicative, ce principe (le principe du transfert de la propriété par la transcription) a aussi le grand avantage de *couper court aux nombreuses contestations surgies sur la portée juridique en la matière du mot « tiers »*.

(C'est uniquement le titre de celui avec qui l'on traite qui sert de base aux droits invoqués par ses ayants cause. Or, l'acte de vente non transcrit, ne créant lui-même que des droits personnels, ne saurait servir de base aux droits réels ; il doit donc être transcrit pour pouvoir jouer ce rôle ; avant cette transcription, il n'existe vis-à-vis des tiers que dans les mêmes conditions où il est censé exister par rapport

à leur auteur, donc comme source d'obligations purement personnelles.

En d'autres termes, la loi du 26 juin 1923 vise non seulement le conflit entre les ayants cause de l'aliénateur, mais aussi entre *ceux qui tiennent leurs droits de l'acquéreur*, en ce qui concerne le conflit qui s'élèverait entre eux par rapport au droit initial de leur auteur.

124. — Enfin, le conflit peut se présenter encore dans les *rapports du créancier hypothécaire avec le vendeur lui-même* de la façon suivante. Il peut arriver que le vendeur et l'acheteur, la vente ayant été consentie, se mettent d'accord pour résilier le contrat, il n'y avait pas eu de transcription, mais le fait de la vente se trouve prouvé.

Aujourd'hui, comme en droit romain, la propriété n'étant pas transférée par le contrat, si pareille résiliation s'est produite avant la transcription, le contrat, qui n'existe que dans les rapports des parties, se trouve résolu par le « *mutuus dissensus* », et les choses seront remises dans l'état antérieur; c'est exactement comme si, en droit romain, on avait voulu résilier avant la tradition.

Par conséquent, l'acheteur n'a pas pu constituer sur le bien qui ne lui a pas été transmis des droits réels; il n'a pas pu l'hypothéquer, ou, ce qui est plus pratique, l'immeuble n'a pas pu être frappé d'un droit d'affectation judiciaire du chef d'un créancier de l'acheteur, avant le jour de la transcription. C'est dans ces conditions que la résiliation se produit, et dès lors l'aliénateur peut reprendre son immeuble franc et quitte des droits qui ont pu l'atteindre du chef de l'acheteur, et cela doit être admis jusqu'au moment où la transcription est accomplie. L'acheteur, ne devenant pas propriétaire, n'a pas pu conférer des droits valables, et le vendeur à qui on oppose ces droits peut

se prévaloir du défaut de transcription du contrat de l'acheteur, car c'est toujours lui le vrai et l'unique propriétaire et, par conséquent, le seul qui pouvait valablement grever l'immeuble de droits réels. Le vendeur peut, à notre avis, opposer le défaut de transcription, même s'il a renoncé, par une clause du contrat, à ce droit. La loi sur la transcription est une loi *d'ordre public* qui vise non point la protection du vendeur, mais celle du crédit foncier¹.

Remarquons une fois de plus que la loi dit, dans des termes aussi clairs que précis, que, jusqu'à la transcription, la propriété n'est transmise ni entre les parties ni à l'égard des tiers. Nous n'avons donc pas à distinguer entre les différentes catégories des tiers. Le contrat non transcrit ne peut ni être opposé aux tiers ni être invoqué par eux.

Ainsi, est-il certain que la résolution du contrat par le « *mutuus dissensus* », avant la transcription, ne constitue pas, comme sous l'empire du Code, une rétrocession qui fait du vendeur un ayant cause de l'acheteur, mais une résiliation d'un contrat créateur des obligations personnelles; la propriété est restée toujours, et persiste encore, sur la tête du vendeur. Le seul effet de cette résiliation amiable serait donc d'anéantir ces obligations personnelles, parmi lesquelles se trouve l'obligation du vendeur de transférer la propriété au profit de l'acheteur.

125. — Prenons un dernier exemple : Est-ce que l'acheteur, sous prétexte du défaut de transcription, va pouvoir anéantir les droits réels par lui contractés ?

Pour résoudre cette difficulté, il faut distinguer entre la constitution d'une hypothèque immobilière, d'une part, et la constitution des autres droits réels, de l'autre part.

1. *Contra* : C. A. M., 17 juin 1930, *B. L. J.*, 42, p. 568. Aussi Kamel Morsi Bey, *op. cit.*, p. 641.

Cette distinction s'impose à cause du caractère différent de la nullité qui frappe l'acte constitutif dans les deux hypothèses.

Cette question, remarquons-le bien, ne se posait pas sous le régime du Code; elle ne se pose pas, non plus, sous le régime du droit français. La propriété étant transférée par le simple accord des volontés entre les parties, l'acquéreur pouvait constituer sur le bien qui lui a été transmis des droits réels, qui lui étaient opposables. Ces mêmes droits réels étaient aussi opposables au vendeur, même après une résiliation amiable, qui opérait alors rétrocession et faisait donc du vendeur un ayant cause de l'acquéreur, au même titre qu'un créancier hypothécaire tenant son hypothèque de ce même acquéreur. Or, si un conflit s'élevait entre ceux-ci au sujet du titre initial de leur auteur, il n'y avait pas à se préoccuper de savoir si ce dernier avait été transcrit.

Cette remarque faite, reprenons alors notre question. Il s'agit de savoir *si l'acheteur qui a constitué sur le bien objet du contrat de vente un droit réel, peut se prévaloir du défaut de transcription de son propre titre.*

126. — Commençons par le cas d'un acheteur qui n'a pas transcrit et qui constitue une hypothèque sur le bien à lui vendu. Bien que la jurisprudence et la doctrine décident que la constitution d'une hypothèque sur un immeuble qui n'appartient pas au constituant est nulle, d'une nullité absolue, on trouve une divergence, d'ailleurs soutenue par peu d'auteurs, sur la solution à donner à notre problème, au cas où le constituant acquiert la propriété par une transcription postérieure à la date de la constitution de l'hypothèque. Or, c'est précisément le cas qui nous intéresse, notre acheteur ne devenant pas propriétaire par

l'effet du contrat, il lui faut transcrire pour acquérir cette propriété.

M. Salib Sami Bey¹ trouve qu'il n'existe plus rien qui s'oppose à la validité de l'hypothèque, les deux qualités de constituant et de propriétaire étant désormais réunies sur la même tête. Cette opinion, quoique équitable, méconnaît le caractère absolu et, par conséquent, radical de la nullité de l'hypothèque. C'est pour cette raison qu'elle nous paraît inadmissible; la réunion des deux qualités de constituant et propriétaire, étant survenue après la constitution de l'hypothèque, ne saurait faire disparaître la nullité absolue dont l'acte avait été entaché². Cette nullité étant absolue, elle peut être opposée par quiconque y a intérêt, en tout état de cause et ne saurait être couverte par une confirmation ultérieure. L'acheteur aura ainsi le droit, comme tout autre intéressé, de se prévaloir de cette nullité à l'égard du créancier hypothécaire, qui sera ainsi réduit au rang d'un simple chirographaire. Il n'y a donc devant le débiteur de bonne foi qu'un seul moyen, pour faire subsister la garantie par lui accordée à son créancier, c'est la confection d'un *nouvel acte authentique*, qui permet au créancier de prendre rang au jour de son inscription, sans aucun effet rétroactif.

On pourra ici nous objecter que, si l'hypothèque de la chose d'autrui est frappée d'une nullité absolue en application de l'article 563/687, celui qui a un droit de propriété subordonné à l'arrivée d'une condition suspensive ne tombe pas, au contraire, sous le coup de cette prohibition. Or, l'acheteur qui n'a pas encore transcrit, dira-t-on, acquiert

1. *Elmuhamah. op. cit.*, p. 695.

2. V. Colin et Capitant, t. II, p. 1025, n° 1258, 7^e éd.

la propriété sous la condition suspensive de faire la transcription¹ : il peut donc hypothéquer son droit tel quel. L'hypothèque ainsi constituée sera valable, mais elle sera aussi soumise à la même incertitude que le droit de propriété. Que la solidité apparente de cet argument ne nous frappe pas. Nous avons déjà démontré que l'acheteur n'est investi en vertu du contrat ni d'une propriété conditionnelle, ni même d'une propriété prétorienne², il n'est qu'un simple créancier, et il reste ainsi jusqu'à la transcription.

Qu'un lecteur attentif se reporte à l'article 1^{er}, deuxième alinéa, et il ne sera nullement convaincu de la solidité de cette doctrine. D'ailleurs, les contractants ont entendu conclure une vente pure et simple; qu'on ne leur attribue donc pas l'intention d'y vouloir insérer une modalité, rien que pour rendre lettre morte le texte de la loi.

127. — Quant aux *autres droits réels*, par exemple, la constitution d'une antichrèse, d'un usufruit et même l'aliénation de l'immeuble par l'acheteur, la solution sera différente. Non point parce que l'acheteur doit être considéré comme propriétaire vis-à-vis d'une certaine catégorie de ses ayants cause, sans être considéré ainsi vis-à-vis des autres. Nullement, nous gardons toujours inébranlable notre opinion sur la qualité de simple créancier donnée à l'acheteur jusqu'à la transcription. Celui-ci ne doit jamais être pris pour un propriétaire, ni d'une façon définitive, ce que personne ne prétend, ni sous une condition suspensive, ce qui est soutenu par certains auteurs³. Le contrat non transcrit ne confère à l'acheteur que des droits personnels,

1. V. Chambres réunies, 3 déc. 1927, *B. O.* 29/21/46; *Elmuhamah* 8/227/299.

2. Comme le soutient M. Zohni Bey.

3. V. Salib Bey Sami, *Elmuhamah*, *op. cit.*, p. 668; Zohni Bey, *Les Biens*, p. 917, n^{os} 637 et s.; Chambres réunies, 27 déc. 1927, *loc. cit.*

et nous ajoutons, rien que des droits purement personnels. Si donc nous prononçons dans le cas qui nous occupe une autre solution que la précédente, c'est à cause de la différence de caractère de la nullité qui frappe ces deux catégories d'actes.

Nous nous expliquons. Tandis que la constitution d'une hypothèque sur la chose d'autrui est frappée d'une nullité absolue, la nullité qui frappe la vente de la chose d'autrui ou la constitution d'un usufruit par un *non domino*, etc., n'est que relative (art. 264/333). Cette *nullité relative*, visant toujours un but de protection ne peut être invoqué que par celui qui est visé par cette protection. Or, l'aliénateur de la chose d'autrui ne saurait l'opposer à son ayant cause.

Supposons donc que l'acte d'aliénation soit transcrit; bien que cette transcription soit difficile à effectuer, l'acheteur devant certifier de la transcription de l'acte de son auteur¹ ou de la prescription acquisitive; admettons, disons-nous, qu'un sous-acquéreur ait obtenu la transcription de son propre titre avant la transcription du titre de son auteur; cette transcription vaudra certes, vis-à-vis de l'acheteur, une transcription valable. Celui-ci ne saurait opposer à son ayant cause le défaut de transcription de son propre titre; ce défaut de transcription est dû à sa faute ou à son fait personnel. Ce n'est donc pas parce que la transcription opère rétroactivement la validité des actes conclus par l'acheteur, mais parce que *personne ne peut arguer en justice de sa propre faute*.

En règle générale, toute personne tenue légalement de faire opérer la transcription ne peut pas opposer le défaut

1. V. arrêté du 26 mai 1926, relatif à la transcription des actes successifs de transfert de droits réels immobiliers.

de transcription, pour faire valoir ses droits sur l'immeuble aliéné.

128. — Voilà des exemples incontestables qui nous permettent de préciser l'étendue de la limitation apportée au principe du transfert de la propriété entre les parties par l'effet du contrat. Mais, ce même conflit pourrait aussi se produire entre *un sous-acquéreur et le vendeur*. Si les détails dans lesquels nous nous proposons d'entrer à ce sujet paraissent trop minutieux, si les espèces que nous citons semblent trop nombreuses, sa grande importance et l'usage fréquent qu'on en fait nous serviront d'excuse.

Revenons à notre question. Un sous-acquéreur peut-il invoquer la transmission de la propriété, par la seule transcription de son propre titre, à l'encontre du vendeur originaire? Celui-ci pourrait-il répondre, pour faire valoir, par exemple, son privilège, qu'il n'y a pas à tenir compte de la transcription de cette sous-aliénation, attendu qu'il n'a pas été dessaisi par une vente non suivie de transcription? Il n'y a pas d'hésitation. Il résulte de l'article premier, deuxième alinéa, que, avant la transcription de la première vente, l'acquéreur n'a pu valablement transférer la propriété à l'égard de son propre vendeur; celui-ci pourra donc prétendre revendiquer la propriété entre les mains du sous-acquéreur.

Cette revendication prendrait la forme d'une action en résolution, si le vendeur n'avait pas été payé. D'après la loi, le vendeur n'a jamais cessé d'être propriétaire, ni à l'égard de l'acheteur, ni à l'égard des tiers qui tiennent leurs droits de lui, tant que l'acte de vente n'a pas été transcrit. Si donc la transcription n'a pas été faite, le vendeur a toujours la possibilité d'atteindre l'immeuble entre les mains du sous-acquéreur.

On peut, enfin, invoquer un autre argument qui milite en faveur de notre système. L'article 619/746 qui se contentait de la transcription de dernier contrat en cas de ventes successives, a été abrogé par la nouvelle loi (art. 16). Il s'ensuit que l'acheteur qui, faute d'avoir transcrit son titre, n'a pas acquis la propriété, n'a pas pu la transmettre à ses ayants cause ultérieurs, bien qu'ayant transcrit leurs propres actes d'acquisition. C'est donc bien la preuve que la propriété n'est transmise, même entre les parties, que par la transcription.

Dans toutes ces hypothèses, où le conflit s'élève entre le vendeur et les ayants cause de l'acheteur, le vendeur est donc admis à se prévaloir du défaut de transcription de la vente originaire.

129. — *Quid* de conflit entre les ayants cause de l'acheteur et les ayants cause du vendeur originaire?

Supposons que le vendeur, après avoir vendu son immeuble, l'ait revendu à un tiers. Bien entendu si, en ce qui concerne cette seconde vente, il n'y a pas de transcription, le second acheteur ne peut pas prétendre avoir acquis la propriété de l'immeuble. Ce qu'il faut supposer pour que la difficulté se produise, c'est qu'il y ait eu transcription à la fois du chef de ce second acheteur et du chef d'un ayant cause du premier acheteur, sans que la première vente ait été transcrite; et c'est même cet ayant cause du premier acheteur qui a transcrit le premier.

Un exemple va nous éclairer la situation : Ali vend à Hassan qui ne transcrit pas; mais Hassan revend à Hamed qui fait transcrire; à ce moment, Ali, sachant que la première vente qu'il a consentie n'a pas été transcrite, et par

suite, pouvant se présenter encore comme propriétaire de l'immeuble, revend ce même immeuble à Mahmoud, lequel fait transcrire. Au moment où Mahmoud fait ainsi publier l'acte qui le concerne, la vente faite à Hassan était restée occulte, mais celle, au contraire, consentie par Hassan à Hamed avait été antérieurement transcrite. Laquelle des deux ventes va donc être préférée ?

Pour donner une solution à cette difficulté, la règle « *Nemo dat quod non habet* » va nous aider. Le transfert de la propriété étant subordonné à la transcription, l'acheteur ne pouvait pas transmettre un droit qui ne lui appartenait pas ; la vente faite par lui ne vaudra ainsi que comme une *cession des droits personnels* à lui acquis par le contrat, en un mot, à une cession de créance. Les ayants cause du vendeur pourraient, par conséquent, opposer le droit qu'ils tiennent de leur auteur, aussi bien à l'acheteur qu'à celui à qui il eût transmis l'immeuble. *L'ayant cause du vendeur originaire aurait donc qualité pour opposer au sous-acquéreur invoquant la transcription le défaut de droit de son auteur à lui.* Celui de qui ce sous-acquéreur tient sa propriété n'aurait pas pu opposer son droit, faute de transcription, à l'acheteur de son propre vendeur qui eût fait transcrire avant lui, n'en serait-il pas de même de ceux à qui il transmettrait son droit sans avoir fait transcrire l'acte duquel il le tient ?

Nous estimons que cette solution est en pleine harmonie avec l'esprit de la nouvelle loi. Cette loi a voulu subordonner le transfert de la propriété à la formalité de la transcription pour rendre publiques toutes les mutations sur la propriété. Or, tant qu'il n'y a pas eu publicité préalable de la vente, les ayants cause du vendeur en conflit avec

ceux d'un premier acheteur qui n'a pas transcrit, ne doivent point souffrir des actes de disposition qu'on leur opposerait.

Un autre argument qui milite en faveur de notre opinion, peut être tiré de notre système tout personnel d'immatriculation. Celui qui va traiter avec le vendeur originaire est-il mis à même de connaître la transcription opérée sur un autre que son auteur à lui ? Absolument pas ; la transcription étant opérée aux noms des vendeurs, au lieu d'être portée à une feuille unique qui serait ouverte pour chaque parcelle, et où figureraient toutes les mutations relatives à l'immeuble. Et alors, comment la transcription opérée par Hamed à la case de Hassan pourrait-elle être connue de Mahmoud, lequel va traiter avec Ali !

Alors, il faut forcément et conformément au but de la loi, sacrifier les ayants cause de l'acheteur qui n'a pas transcrit, au profit des ayants cause du vendeur qui, eux, ont fait transcrire, sans tenir compte de l'antériorité de la transcription des premiers. Ceux-ci étaient parfaitement renseignés sur l'efficacité du droit qu'on leur transmettait, car il s'agit du droit initial de leur auteur¹. Ils étaient aussi à même de s'assurer qu'il avait été transcrit. S'il ne l'a pas été, ils savent qu'il n'a pas transféré la propriété et qu'ils se trouvent exposés à des surprises possibles de la part du vendeur originaire. Le conflit provient du défaut de droit de celui avec qui on traite ; or, en ce qui touche le titre de l'auteur initial, on peut toujours en vérifier la valeur et par suite on doit en subir les vices.

130. — Cette solution est consacrée par la jurisprudence. La Cour d'appel mixte a déclaré la nullité de la vente faite par le bénéficiaire d'un contrat de vente non transcrit¹.

1. Cpr. C. A. M., 24 fév. 1931, *B. L. J.* 42/244.

comme ayant été consentie *a non domino*, bien que transcrite. Il a aussi considéré cette vente comme inopposable à un autre acheteur ayant dûment transcrit¹.

Ce point de droit nous semble incontestable. La Cour de cassation a aussi décidé² qu'avant la transcription, l'aliénateur reste investi de la propriété qui ne sera transmise à l'acheteur que par la transcription. Celui-ci n'aura dans l'intervalle entre la conclusion du contrat et l'accomplissement de la transcription, qu'une simple espérance, sans aucun droit à la propriété. La Cour en conclut que, si, pendant cet intervalle, l'aliénateur a disposé de l'immeuble au profit d'un tiers, il aurait disposé de sa propriété. Ainsi, si ce tiers a eu la diligence de transcrire son contrat avant la transcription du contrat de l'acheteur, il serait le propriétaire incontestable de l'immeuble à lui vendu.

Il ne reste qu'un seul moyen pour un sous-acquéreur prudent qui veut avoir une pleine sécurité; c'est de transcrire les titres de propriétés de ses prédécesseurs; le nouvel acquéreur peut de cette façon régulariser lui-même les ventes antérieures.

Telles sont en conclusion les solutions à laquelle fait aboutir l'application correcte du principe énoncé dans l'article premier de la loi du 26 juin 1923. Il n'est plus question de certaines catégories de tiers au préjudice desquels le contrat non transcrit ne peut pas être invoqué, ni des controverses que suscitait, sur ce point, l'application des règles du Code.

1. 3 janv. 1928 et 29 mars 1928, *B. L. J.*, 40, p. 116, 258.

2. 12 déc. 1935, *Revue Kh. Kh.* 6/630/16.

CHAPITRE II

LA PROTECTION DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES

131. — Le droit d'opposer le défaut de transcription est, d'après le régime actuel, conféré d'une manière générale à toute personne intéressée à écarter l'acte à titre onéreux qu'on produit contre elle. La note explicative, en effet, nous apprend que le principe du transfert de la propriété par le seul effet de la transcription « a aussi le grand avantage de couper court aux nombreuses contestations surgies sur la portée juridique en la matière du mot *liers* et de la restriction *préendant un droit réel* qui y fait suite à l'article 737 du Code civil mixte, ou *ayant des droits sur l'immeuble et les ayants conservés en se conformant à la loi* de l'article 742 du même Code... » Il s'ensuit que *les créanciers chirographaires peuvent se prévaloir du défaut de transcription*. « C'est là, déclare la Cour d'appel mixte¹, le principal changement au point de vue des conséquences pratiques apportées par la nouvelle loi, car dans les rapports entre les parties contractantes, les obligations personnelles, naissant de l'acte d'aliénation non transcrit suppléent à l'absence du droit de propriété en la personne de l'acquéreur ».

Le principe est donc certain; mais son application prati-

1. V. arrêt du 29 mars 1928, *B. L. J.*, 40, p. 258.

que paraît présenter assez de difficultés. Nous ferons connaître quelles sont, suivant nous, les difficultés principales ou accessoires que la loi, procédant par de larges vues, ne résout pas et les solutions qu'on en peut donner.

Nous aurons à traiter après ces observations préliminaires de la situation juridique : 1^o des créanciers chirographaires saisissants ; 2^o des créanciers chirographaires du failli.

SECTION I. — LA SITUATION DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES SAISSANTS.

132. — Il faut supposer que le créancier chirographaire pratique une saisie immobilière. Il peut saisir les biens qui sont dans le patrimoine de son débiteur au moment de l'exécution. Il importe donc de déterminer à quelles conditions la vente consentie par le débiteur devient opposable à ses créanciers.

Aussi, la transcription du commandement d'exécution immobilise-t-elle la propriété sur la tête du débiteur saisi, qui ne peut plus en disposer au profit d'un tiers et au détriment du créancier saisissant (art. 608 C. civ. m.). Quelle va donc être la situation du créancier saisissant si le débiteur vend l'immeuble par un acte ayant acquis date certaine avant la transcription du commandement ?¹

133. — Trois systèmes ont été proposés et soutenus par les civilistes français :

1. D'après le Code de procédure égyptien, l'exécution immobilière est pratiquée en vertu d'un jugement d'expropriation qui ordonne la vente aux enchères des immeubles du débiteur. Cette procédure débute par un commandement d'exécution, dit immobilier, qui ordonne au débiteur, ou de payer la dette, ou de subir l'exécution. Ce commandement doit être transcrit.

1° Dans un premier système, on décide que la vente ayant date certaine avant la transcription de la saisie est opposable au créancier saisissant; alors même qu'elle n'a pas été transcrite¹.

2° D'après un autre système, la saisie augmente les droits du créancier saisissant et les rend opposables, aussi bien qu'un droit réel, à tout acquéreur qui n'a pas rendu son titre public par la transcription; peu importe que la vente soit antérieure à la saisie².

3° Un troisième système, qui paraît prévaloir en jurisprudence³ distingue entre les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires; ces derniers seuls peuvent opposer le défaut de transcription à un tiers acquéreur, même si son titre a date certaine avant la transcription de la saisie, car ils ont un droit réel sur l'immeuble.

134. — Entre ces trois systèmes, nous n'hésitons pas à adopter le deuxième, avec pourtant cette réserve que nous ne faisons pas ces arguments nôtres. En effet, ce n'est pas par l'idée d'un droit réel acquis par le saisissant que nous allons expliquer notre doctrine, mais par celle du dessaisissement subi par le débiteur saisi. De plus, cette thèse est aujourd'hui abandonnée⁴. « En effet, dit notre regretté professeur et maître H. Capitant, on ne voit pas bien comment on peut la défendre en l'absence de tout texte qui lui serve d'appui⁵ ».

135. — Cette observation faite, reprenons notre sujet. Nous commençons par poser cette *règle générale* : Grâce

1. Troplong, *La transcription*, p. 147.

2. M. Sablé, S. 77.1.441; Mourlon, t. II, p. 107; Trib. civ. de la Seine, 3 déc. 1928, D. H. 1929, p. 139.

3. Amiens, 18 juil. 1934, D. H. 578; Civ., 22 mars 1935, D. 1936.1.5 et la note de M. Capitant.

4. V. Garsonnet et Cézard-Bru, t. IV, nos 122 et 972.

5. Note sous l'arrêt du 22 mai 1935, *loc. cit.*

au principe nouveau du transfert de la propriété par le seul effet de la transcription, il faut, pour que la vente consentie par le débiteur soit opposable à ses créanciers, qu'elle ait été transcrite. Avant cette transcription, la vente n'a pas fait sortir le bien, à leur égard, du patrimoine de leur débiteur.

Point n'est besoin de discuter sur la question de savoir si les créanciers acquièrent par la saisie un droit réel, pour leur permettre d'opposer désormais le défaut de transcription des ventes antérieures. Il est de point incontesté que la transcription du *commandement immobilier* entraîne le dessaisissement du débiteur, qui ne peut plus disposer du bien saisi, soit en l'aliénant, soit en l'hypothéquant au préjudice du créancier poursuivant (art. 608 C. pr. m.)¹. C'est justement pour prévenir les tiers qui traiteraient avec le débiteur que la loi prescrit la transcription du « commandement immobilier » au bureau de la conservation des hypothèques (art. 540/607 c. pr.); et c'est à partir de cette transcription que le bien devient indisponible. Donc les créanciers chirographaires peuvent bien méconnaître la vente, qui n'était pas transcrite au moment de leur transcription, sans qu'on puisse leur opposer que cette vente a été consentie avant la transcription du commandement. La vente n'étant pas transcrite, elle ne saurait conférer à l'acheteur que des droits purement personnels; il est ainsi dans la même situation qu'un créancier chirographaire. Pourquoi donc sacrifier les intérêts très légitimes du créancier qui cherche à éviter une perte pour ceux d'un acheteur titu-

1. Malgré que l'art. 545 C. pr., ne parle que de l'immobilisation des fruits et revenus de l'immeuble, on est cependant d'accord d'admettre que le législateur égyptien devrait avoir entendu consacrer la même règle que l'art. 608 C. pr. M.).

laire lui aussi des droits personnels et qui, par contre, spécule un avantage? Dans tous les cas où il s'agit d'un conflit entre deux personnes, dont l'une lutte pour ne pas perdre et l'autre cherche à réaliser en gain, l'équité n'exige-t-elle pas que ce soit le deuxième qui soit sacrifié au profit du premier?

D'ailleurs, ce n'est point seulement l'équité qui nous dicte cette solution, mais encore les principes juridiques mêmes. Le transfert de la propriété dépend de la transcription; on ne peut donc plus, par une transcription tardive, soustraire au gage général des créanciers un bien qui se trouvait, au moment de l'exécution, dans le patrimoine de leur débiteur. Tous les biens du débiteur se trouvent frappés d'une indisponibilité absolue par la transcription du commandement. Celle-ci met donc obstacle à ce qu'aucun transfert de propriété de l'un de ces biens soit postérieurement opéré; autrement dit, elle empêche de faire aucune transcription.

L'acquéreur n'ayant pas acquis la propriété, même vis-à-vis du débiteur, n'aurait pas le droit de former une demande en distraction de l'immeuble. Si le créancier poursuivant s'opposait à sa demande, il ne saurait répondre comme sous le régime du Code : « J'ai acquis dans un temps où le saisi avait le droit d'aliéner, et quoique je n'aie pas transcrit avant la transcription du commandement, vous ne pouvez pas, vous, simple créancier chirographaire, vous prévaloir du défaut de transcription; la transcription du commandement ne vous a conféré aucun droit réel sur l'immeuble. » Ce langage ne pourrait plus être tenu aux créanciers poursuivants, par l'acheteur qui n'a pas transcrit, étant donné que son acquisition n'est plus antérieure à leur poursuite; la propriété n'est transmise, d'après l'article

1^{er} de la loi, qu'après la transcription du contrat ; autrement dit dans un moment où le débiteur, à cause de la transcription du commandement, n'a plus le droit d'aliéner.

Il n'est plus nécessaire, sous l'empire de la nouvelle loi, que le créancier soit titulaire d'un droit réel, pour qu'il puisse opposer le défaut de transcription ; c'est dans la loi même, et non pas dans un droit réel, que le tiers puise son droit d'exciper du défaut de transcription. Or, la loi subordonne le transfert de la propriété à la transcription. Le bénéficiaire d'un contrat non transcrit peut donc poursuivre l'exécution en nature de l'obligation du transfert de la propriété, tant que le bien est resté entre les mains de son vendeur. Mais, dès que ce bien en sort, soit pour être transmis dans le patrimoine d'un tiers acquéreur qui fait transcrire, soit pour être placé sous la main de justice, pour être réalisé au profit des créanciers, l'acheteur qui faute de transcription n'a pas acquis la propriété, ne pourrait plus réaliser, par une transcription tardive, le transfert de la propriété à son profit¹.

Nous arrivons ainsi à cette conclusion que la vente d'un immeuble n'est opposable aux créanciers poursuivants que si elle a été transcrite avant la transcription de commandement immobilier. Dans cette mesure, la loi du 26 juin 1923 a virtuellement modifié les règles admises sous le régime du Code, qui privaient les créanciers chirographaires de toute garantie.

136. — De même, si les créanciers chirographaires attaquent l'aliénation comme étant faite par leur débiteur en fraude de leurs droits, ils seront recevables à soutenir que l'acte d'aliénation, n'ayant été transcrit qu'après la nais-

1. V. C. A. M., 29 mars 1928, *B. L. J.*, 40, p. 358. Aussi, 29 avril 1915, *B. L. J.*, 27, p. 310.

sance de leur droit, doit être considéré comme postérieur à leur titre, quoiqu'il ait acquis antérieurement date certaine, et qu'en conséquence, leur action en révocation de la vente doit être admise contre l'acheteur (art. 143/204/1167 C. civ.).

137. — Nous croyons qu'en raisonnant autrement on restreint arbitrairement la portée de la loi de 1923. Il ressort, en effet, du texte et de l'esprit de cette loi que la transcription d'un acte d'aliénation est nécessaire pour la transmission de la propriété, et que, jusqu'au moment de l'accomplissement de cette formalité, la vente ne crée que de simples obligations personnelles entre les parties contractantes. Or, ce droit personnel de l'acheteur n'étant pas exclusif des autres droits de même nature dont les créanciers chirographaires sont porteurs, on ne saurait invoquer contre ceux-ci la règle que les créanciers chirographaires n'ont pas plus de droit que leur débiteur et que, pour cette raison, l'acheteur muni d'un titre portant date certaine, pourrait le leur opposer. Cette règle ne peut plus être opposée aux créanciers pour la raison très simple que ce titre, portant date certaine, qui rendait l'acheteur propriétaire vis-à-vis du vendeur et, par conséquent, à l'égard de ces créanciers chirographaires, sous l'empire du droit qui était en vigueur avant la nouvelle loi, ce même titre ne lui confère plus qu'un simple droit personnel. Or, les créanciers chirographaires ne sauraient se voir primés par un acte de cette nature.

C'est d'ailleurs la seule interprétation capable de nous faire éviter l'inconséquence, vivement critiquée, du système du Code, qui trouve son origine dans la loi française du 23 mars 1855. En effet, quand ces créanciers sont placés en face d'un créancier hypothécaire qui a négligé de rendre

son hypothèque publique, ils peuvent lui opposer ce défaut d'inscription, l'hypothèque n'est efficace en principe qu'à la condition d'être inscrite; faute d'inscription, le créancier hypothécaire ne peut pas se prévaloir de son droit de préférence contre les créanciers chirographaires poursuivants. Et ces mêmes créanciers, en face d'un acte d'aliénation, qui leur nuit encore plus gravement que l'hypothèque, ne pouvaient pas opposer à l'acquéreur le défaut de transcription ! Or, si en droit français on est astreint à se soumettre à un tel illogisme, à cause de la restriction des « tiers », qui peuvent opposer le défaut de transcription, aux « tiers ayant un droit réel sur l'immeuble », nous n'aurons pas d'excuse pour l'adopter, étant donné que cette restriction est bannie de notre loi actuelle.

On peut ajouter enfin que ce système est celui qui est adopté par la loi hypothécaire belge de 1851, qui a inspiré dans une large mesure notre législateur. La loi belge permet aux créanciers chirographaires d'opposer le défaut de transcription (art. 1^{er})¹. Il semble bien aussi, que tel est le système du Code néerlandais dans lequel la simple convention ne transfère pas la propriété. Ce transfert est subordonné à une sorte de tradition faite sous forme de transcription (art. 636, 671, 1271 et 1273).

SECTION II. — EFFET DE LA FAILLITE ANTÉRIEURE A LA TRANSCRIPTION.

138. — Si un commerçant a vendu ou donné un immeuble à une époque où il pouvait valablement vendre ou donner, et qu'il soit ensuite déclaré en faillite avant la transcription de l'acte d'aliénation, la vente transcrite après le

1. Cass belge, 8 mai 1856, *Pasicrisie belge* 1856.1.260.

jugement déclaratif sera-t-elle opposable aux créanciers du failli ?

139. — La doctrine française est partagée sur cette question :

1^o Quelques auteurs décident que les créanciers de la masse sont admis, par le seul effet du jugement déclaratif de la faillite, à faire valoir le défaut de transcription des actes d'aliénation valablement passées par leur débiteur. Selon ces auteurs, l'inefficacité de ces aliénations est, dans l'espèce, la conséquence de l'hypothèque engendrée par le jugement déclaratif au profit de la masse sur les immeubles du failli et du dessaisissement que ce jugement entraîne contre celui-ci. Le dessaisissement, disent-ils, ayant pour effet de placer tous les biens du failli sous le contrôle de la justice pour être réalisés dans l'intérêt des créanciers, fait obstacle à ce que les tiers puissent ultérieurement rendre efficaces, à l'égard de ces créanciers, des droits quelconques sur ces biens. Ils invoquent aussi l'article 448 Code de commerce français, qui ne permet pas d'inscrire une hypothèque ou un privilège après le prononcé du jugement déclaratif de faillite¹.

2^o Cette opinion a été combattue par MM. Aubry et Rau². Ils insistent sur l'article 3 de la loi du 23 mars 1855 qui permet seulement aux tiers ayant des droits réels sur l'immeuble d'opposer le défaut de transcription, à condition qu'ils les aient conservés en se conformant à la loi. Or, les créanciers de la masse, ne réuniront ces qualités que par l'inscription de l'hypothèque légale, qui leur est

1. Demanget sur Bravard, *Traité de droit commercial*, p. 236, et Troplong, *La transcription*, n^{os} 148 et 149.

2. Aubry et Rau, t. II, p. 431, note 93; Rivière et Huguet. p. 189 et s. — Cpr. Aubry et Rau, t. XI, p. 324 et s., notes 31 et s., 5^e éd.

accordée par l'article 490 C. co. fr. Il faut donc, pour que les créanciers de la masse, auxquels le failli n'a point consenti d'hypothèque ou qui n'ont point de privilège, puissent opposer le défaut de transcription contre celui qui prétend revendiquer un immeuble du failli, qu'ils aient pris inscription de leur hypothèque légale, avant la transcription de l'acte d'aliénation qui leur est opposé. Ils en concluent que, l'acquéreur qui n'a pas fait transcrire, peut le faire, même après le jugement déclaratif de faillite, tant que le syndic n'a pas pris inscription de l'hypothèque qui résulte de ce jugement.

140. — L'argument tiré de l'article 3 de la loi française de 1855 n'existant plus dans notre législation actuelle, nous n'avons pas à choisir entre ces deux opinions. La doctrine de ceux qui soutiennent et défendent les créanciers de la masse nous est imposée. En effet, notre loi, comme nous l'avons déjà démontré, a mis fin aux controverses sur la portée juridique du mot « tiers » et sur la restriction « possédant des droits réels », et a ainsi restauré l'égalité entre tous les intéressés. Les créanciers du failli doivent donc, selon nous, être admis à exciper du défaut de transcription de toute aliénation, par le seul effet du jugement déclaratif de faillite. Le dessaisissement qu'opère ce jugement place sous la main de la justice les biens du failli, pour qu'ils soient réalisés dans l'intérêt de ses créanciers, et rend définitive la situation du failli telle qu'elle se trouvait au moment du jugement déclaratif de faillite (art. 216/224/443 C. co.). Il immobilise, en quelque sorte, son patrimoine et sauvegarde l'égalité entre ses créanciers. Or, celui qui a contracté avec le failli, avant la faillite, et dont l'acte n'a pas été transcrit n'ayant que des droits personnels en vertu de son acte, est, vis-à-vis des créanciers de la masse,

dans la même situation qu'un créancier chirographaire. Or, aucune préférence ne peut plus être accordée à ceux-ci après l'ouverture de la faillite; leurs situations respectives doivent être maintenues telles qu'elles étaient en ce moment-là; aucune inscription, d'après l'article 231 /239 /448 C. co. ne pourrait plus être valablement prise sur l'immeuble du failli. Ainsi, on ne fera jamais comprendre à personne que l'on puisse transcrire utilement une vente à un moment où il n'est plus temps d'inscrire. Personne ne peut accepter qu'en prohibant l'inscription d'une hypothèque, qui ne donne qu'un simple droit de préférence au créancier hypothécaire, la loi a entendu permettre la transcription qui aurait pour effet de soustraire l'immeuble tout entier au droit de gage général de la masse. C'est la transcription qui fait transmettre la propriété à l'acheteur et qui lui confère ainsi les droits accessoires de suite et de préférence. Cette transcription serait donc, selon nous, tardive par cela seul qu'elle n'aurait eu lieu que postérieurement au jugement déclaratif de faillite. Ce jugement, en même temps qu'il arrête le courant des inscriptions des hypothèques et privilèges, fait également obstacle à ce qu'aucune transcription ne soit valablement opérée.

Ainsi, les biens du failli se trouvent frappés d'indisponibilité entre ses mains par suite du jugement déclaratif; la propriété des biens qui n'étaient pas sortis de son patrimoine au moment de la déclaration de la faillite, ne pourrait plus être valablement transmise à un tiers; autrement dit, ces biens ne devraient plus sortir de son patrimoine au moyen d'une transcription tardive. En vain, l'acheteur invoquerait-il son contrat antérieur qui, d'après la loi, n'est productif que des droits personnels, pour prétendre à un droit sur l'immeuble. Ce contrat, tant qu'il n'a pas

été transcrit, ne peut avoir d'effet contre les créanciers de la masse, et lorsqu'il l'est, son effet ne remonte pas, sachons-le bien, à une époque antérieure au jour de la transcription¹.

Nous pensons donc fermement que *la transcription faite après le jugement déclaratif de la faillite n'aurait aucune valeur contre les créanciers de la masse*. « Par la faillite, dit le savant auteur M. Troplong, le débiteur est dessaisi de ses biens; ses créanciers les prennent dans l'état où ils sont; ils en sont investis à titre de dation en paiement, et tout se trouve arrêté par leur mainmise². »

Ainsi, la transcription de l'aliénation n'est plus possible après le jugement déclaratif de la faillite, parce que le failli est devenu, en quelque sorte, incapable d'aliéner ses biens, et que la transcription adviendrait alors dans un moment où les biens se trouvent sous la mainmise des créanciers, qui en seraient investis à titre de dation en paiement. Tout se trouve arrêté, comme le dit M. Troplong, par cette mainmise. La propriété devrait persister sur la tête du failli pour être réalisée au profit de tous ses créanciers et ne pourrait plus lui être soustraite au profit de l'un d'eux, à savoir, l'acheteur qui n'a pas fait transcrire. Celui-ci ne peut être considéré que comme un créancier personnel du vendeur. Cette proposition est en pleine harmonie avec le texte et les principes les plus certains de la nouvelle loi. L'article 1^{er} alinéa 3 porte en effet que « *les actes non transcrits ne créeront que des obligations personnelles entre parties* ». Il est donc évident, qu'avant la transcription de la vente, il n'y a aucun droit réel acquis pour l'acheteur. Point de dessaisissement du vendeur, nulle translation de la pro-

1. V. *supra*, nos 262 et s.

2. *Les donations*, n° 1162

priété, imperfection de la vente, même entre les parties, ces principes viennent encore à l'appui de notre thèse; ils en rendent, si cela est encore nécessaire, la démonstration plus complète.

On en pourra donc conclure que, jusqu'à la transcription, le droit de propriété reste sur la tête du vendeur, et est ainsi exposé à la mainmise de toute partie intéressée. La disposition de l'article 216/224/443 C. co., qui dessaisit le failli, à partir du jour de la déclaration de faillite, de l'administration de ses biens, pour l'attribuer à des syndics dans l'intérêt de la masse de ses créanciers, opère une véritable mainmise sur les biens du failli au profit de cette masse, qui est ainsi admise à opposer le défaut de transcription, laquelle est exigée pour transférer la propriété de l'immeuble sur la tête de l'acheteur.

On n'a pas à s'occuper si le contrat non transcrit a acquis date certaine avant le jugement déclaratif. En décidant même que la vente avait date certaine antérieurement au jugement déclaratif, elle ne pourrait pas être opposée aux créanciers de la masse. A la vérité, les tiers en général, et non pas seulement les tiers ayant des droits réels sur l'immeuble, ont le droit de se prévaloir du défaut de transcription. De plus, le contrat de vente ayant date certaine, ou même fait par un acte authentique, n'a aucun effet translatif et ne crée que des obligations personnelles¹.

141. — Mais il ne faut pas croire que les *droits de l'acheteur* seront sacrifiés au profit des créanciers. Si l'aliénation est inefficace à l'égard des créanciers de la masse, faute de l'accomplissement de la formalité requise en temps utile, il n'en serait pas de même en ce qui concerne le vendeur

1. V. Le Caire, 8 mars 1927, *Elmuhamah* 7/441/716.

failli. Par conséquent, si la faillite se termine par un concordat, et que le débiteur, moyennant dividende promis à ses créanciers, est remis à la tête de ses affaires, il devra respecter la vente qu'il avait consentie. Seulement l'immeuble vendu sera grevé de l'hypothèque résultant de la transcription du jugement de déclaration de la faillite au profit des créanciers (art. 328/338/516 C. co.).

Si, au contraire, aucun concordat n'intervient et que la procédure de la faillite continue, l'aliénation serait nécessairement inefficace. Mais l'acheteur qui aurait payé le prix au vendeur aurait la faculté de se produire à la faillite, comme un simple créancier chirographaire, par suite de l'obligation personnelle du failli de lui rembourser le prix de l'aliénation; obligation à laquelle la masse est substituée à l'égard de l'acheteur, comme elle l'est à l'égard des autres obligations du failli (art. 217/225/443 C. co.)¹.

142. — Ainsi, il résulte de notre thèse, que les créanciers de la masse peuvent se prévaloir de l'inefficacité, à leur égard, d'une transcription opérée après le jugement déclaratif de faillite. Point n'est besoin d'imposer aux créanciers de la masse, pour opposer le défaut de la transcription contre celui qui prétend revendiquer un immeuble du failli, qu'ils aient pris inscription de leur hypothèque légale, avant la transcription de l'acte d'aliénation qui leur est opposé.

Par contre, nous estimons erroné de dépasser cette limite, et d'aller jusqu'à décider que la transcription faite avant le jugement déclaratif de la faillite, mais après l'époque fixée pour la cessation des paiements, doit rester sans effet à l'égard des créanciers de la masse. On ne peut

1. Comparer l'art. 381/396 C. com. (en matière de la revendication du prix des marchandises).

même pas invoquer, en faveur de cette opinion, le désaisissement du débiteur, comme on l'a fait dans le cas précédent, où la transcription n'est effectuée qu'après le jugement déclaratif. Quant à l'hypothèque accordée à la masse, il est certain qu'on ne saurait la faire remonter à une époque antérieure au jugement déclaratif de faillite (art. 328/338/516 C. co.).

Cette dernière opinion pêche donc, selon nous, par trop de généralité. Ainsi, l'acheteur qui a fait transcrire son acte avant le jugement de déclaration de faillite, peut revendiquer l'immeuble à lui vendu et le soustraire ainsi au gage des créanciers.

143. — Dans toutes ces hypothèses, nous avons mis l'acheteur en conflit avec les créanciers du vendeur failli, à qui nous avons accordé le droit de se prévaloir du défaut de transcription. Qu'on nous permette encore de mettre en relief une autre hypothèse.

Supposons maintenant que ce soit le *vendeur qui se trouve en présence de la masse*, après la faillite de l'acheteur commerçant. Si la vente avait été transcrite avant la faillite, il n'y aurait pas de difficulté. La transcription aurait rendu la vente opposable à tous, et, de plus, elle aurait conservé le privilège du vendeur. Mais, les articles 601/727, 6^e alinéa, C. civ. et 231/239/448 C. co. ne permettent plus au vendeur, si la vente n'a pas été transcrite avant le jour du jugement déclaratif de faillite, de prendre valablement une inscription à l'effet de conserver son privilège. Alors, on peut demander quels seraient les droits du vendeur vis-à-vis de la masse des créanciers? Est-ce qu'il pourrait revendiquer son immeuble, parce que précisément la transcription n'a pas encore été opérée?

On ne dit pas, remarquons-le bien, que le vendeur peut

considérer la vente comme non-avenue, puisque, on l'a déjà affirmé¹, la vente est valable par le seul fait du consentement, mais que la transcription prise en soi est indispensable pour transférer la propriété. Ce qui revient à dire, que là où la transcription est exigée d'après la loi du 26 juin 1923, la vente se réalise, en quelque sorte, comme c'était le cas en droit romain, par deux actes successifs et qu'elle n'est véritablement définitive que lorsque tous les deux ont été accomplis. Jusque-là l'aliénateur retient encore sa propriété entière, puisque le contrat de vente ne produit que des obligations personnelles entre les parties contractantes.

C'est toujours le point auquel il faut revenir, sans tenir compte de toutes ces conceptions un peu vagues, et, en tout cas, tout à fait artificielles, que l'on avait émises dans le but, dit-on, de concilier les solutions de la loi avec les principes de l'équité. Il faut donc laisser intact le principe que, désormais, pour les immeubles, la propriété ne sera transférée que par la transcription ; et l'on en tire au cas de la faillite de l'acheteur et en ce qui concerne la masse de ses créanciers, la conséquence suivante.

Il faut prendre pour point de départ ce fait que la vente est valable, mais imparfaite, par le seul consentement et que par suite c'est la transcription qui lui confère cette perfection puisque l'effet essentiel de la vente, à savoir le transfert de la propriété, est subordonné à l'accomplissement de cette formalité. Par conséquent, dans l'hypothèse de la faillite de l'acheteur, celui-ci n'est pas devenu propriétaire par suite du défaut de transcription ; le vendeur pourrait donc soustraire son immeuble à la faillite de l'acheteur. Mais nous nous hâtons de faire cette réserve, la masse pourrait en tout cas, en invoquant l'article 141/202 /1166 C.

1. *Infra*, nos 76-78.

civ., intenter au nom de leur débiteur, l'action en réalisation de la vente et la transcription du jugement tiendrait lieu et place de la transcription du contrat de vente. De cette façon seulement, ils pourraient acquérir définitivement la propriété pour le failli en conservant, par là-même, le privilège du vendeur.

144. — Les créanciers de l'acheteur sont, en cas de poursuites entamées sur l'immeuble acheté avant la transcription, dans la même situation vis-à-vis du vendeur que les créanciers de la masse. L'acheteur ne saurait évidemment leur opposer le défaut de transcription, n'ayant pas le droit d'exciper en justice de sa propre faute. Mais le vendeur peut, au contraire, formuler une demande en distraction ou intenter une action en résolution de la vente, s'il n'en a pas touché le prix, pour faire soustraire l'immeuble aux poursuites des créanciers. Ceux-ci ne pourront éviter ce résultat que de la façon indiquée plus haut. Le vendeur ne saurait se plaindre, étant donné qu'il va être payé par préférence aux créanciers de l'acheteur en vertu de son privilège. Aussi, est-il bon de remarquer que ceux-ci n'auront ainsi aucun intérêt à supporter les frais d'une action en justice, sauf dans le cas où la valeur de l'immeuble a augmenté depuis la conclusion de la vente.

TITRE III

L'EXERCICE DU DROIT LÉGAL DE PRÉEMPTION AVANT LA TRANSCRIPTION

GENERALITÉS. DIVISION

145. — La préemption c'est le droit accordé par la loi à une personne de se substituer à l'acquéreur d'un immeuble, dont elle est copropriétaire indivis ou propriétaire voisin (art. 1^{er} du décret du 23 mars 1901). Ce droit de préemption prend sa source dans la loi musulmane. Dans le Bahr el Raïck¹ il est dit que : « La prise par préemption, d'après l'opinion qui a prévalu chez les Docteurs, consiste à enlever à l'acheteur primitif les droits que lui confère l'acte de vente, tout en conservant à cet acte son existence pour en attribuer les effets au préempteur¹. » Celui-ci prend ainsi le marché pour son compte.

146. — Le législateur a, dans le décret du 23 mars 1901, précisé les cas dans lesquels cette prise en préemption a lieu et les conditions auxquelles son exercice est subordonné. Si nous ne nous proposons pas d'entrer dans ces détails,

1. T. VIII, p. 131.

peu importants, il nous semble, par contre, indispensable d'indiquer les effets de la prise en préemption. A cet égard, le texte de l'article 13 du décret précité nous apprend que « le préempteur est subrogé vis-à-vis du vendeur dans tous les droits ainsi que dans toutes les obligations de l'acquéreur ».

M. de Hults, en développant cette disposition, ajoute¹ : « Par l'effet de la préemption, *le préempteur est purement et simplement substitué au préempté*, à ses droits comme à ses obligations. Par rapport à l'immeuble préempté, c'est comme si son nom figurait dans l'acte de vente au lieu du nom de l'acheteur ».

Ainsi, plusieurs questions peuvent se poser. On peut se demander si la prise par préemption constitue ou non une cession nouvelle, si le préempteur tient son droit du vendeur ou de l'acheteur écarté, si la prise par préemption est ou non rétroactif dans ses effets, si enfin les hypothèques et servitudes acquises du chef de l'acheteur, ainsi que ses actes de disposition sur la chose qu'on lui reprend, sont ou non opposables au préempteur.

Le préempteur est subrogé à l'acquéreur, nous dit l'article 13. La préemption ne serait donc que la subrogation d'un acquéreur à un autre. Ce n'est autre chose que le droit de prendre le marché d'un autre et de se rendre acquéreur à sa place.

Cette manière d'envisager la préemption permet d'en déterminer les effets. « L'effet de la prise par préemption, dit le Bahr el Raïck, est de détruire l'achat en la personne de l'acheteur et de le faire passer à celle du préempteur, qui est donc réputé avoir acheté directement du vendeur² ».

1. V. *Préemption*, n° 179.

2. V. Bahr et Raïck, *loc. cit.*

L'acheteur écarté est ainsi censé n'avoir ni acheté ni acquis l'immeuble qu'on lui reprend, et en avoir payé le prix non pour lui, mais pour le préempteur.

Ainsi, la prise par préemption n'entraîne point la résolution de la vente, encore moins opère-t-elle une cession nouvelle. Le contrat primitif subsiste toujours. Il subit à la vérité une modification, puisque le préempteur y prend la place de l'acquéreur originaire.

147. — Mais cette subrogation produit un effet rétroactif limité. En effet, l'article 12 du décret-loi de 1901 dispose que : « Sont sans effet à l'égard du préempteur, les inscriptions hypothécaires et les affectations spéciales prises contre l'acquéreur, de même que toutes ventes et tous autres droits réels par lui consentis ou acquis contre lui, *postérieurement à la date de transcription... de la déclaration de préemption* ». Ce qui revient à dire que les aliénations et les constitutions des droits réels consentis ou acquis contre l'acheteur antérieurement à la déclaration de préemption (laquelle doit être faite par un acte d'huissier signifié tant au vendeur qu'à l'acheteur et qui doit être transcrite pour être opposable aux tiers (art. 14), ces droits seront par *a contrario* opposables au préempteur. Si donc on veut avoir une idée exacte de la préemption et des effets que sa nature comporte, il suffit de remplacer, à partir du jour de la transcription de la déclaration, dans l'acte de vente le nom de l'acquéreur primitif par celui du retrayant, et de supposer que cet acte ne contient, à partir de cette déclaration, que les noms du vendeur et de l'acheteur actuel. Les droits qu'acquiert le préempteur lui sont directement transmis par le vendeur, c'est ce dernier qui lui doit délivrance et garantie (art. 13, 3^e alinéa). C'est là toute la théorie de la préemption. Ainsi, sans prétendre

passer en revue et mettre en lumière toutes les applications et le mécanisme de cette institution¹, nous terminons cet aperçu général par une indication rapide des causes des déchéances.

148. — Le préempteur est déchu de son droit dans les cas suivants :

1° S'il n'a pas intenté son action dans le délai de trente jours à partir de la déclaration de préemption. Cette action doit, à peine de déchéance, être introduite contre l'acquéreur et le vendeur devant le tribunal de l'immeuble (art. 15 du décret).

2° S'il a, d'une façon expresse ou tacite, reconnu l'acquéreur comme *propriétaire définitif* de l'immeuble vendu (art. 19, 3^e alinéa).

3° S'il n'a pas déclaré son intention d'exercer la préemption dans les quinze jours à partir de sa connaissance de la vente (art. 19, 4^e alinéa).

4° Enfin, dans le cas de l'expiration du délai de six mois, à partir du jour de la transcription de la vente (art. 22).

Ces observations faites, nous commencerons par étudier le problème de l'exercice de la préemption contre un acheteur dont l'acte n'a pas été transcrit. Puis, dans une deuxième section, nous traiterons de la preuve de l'antériorité de titre du préempteur.

1. V. à cet égard l'excellent traité du Doyen K. Morsi Bey, *La préemption*. En français : Fahmy (M.), *La préemption en droit égyptien*, thèse, Paris, 1928.

CHAPITRE PREMIER

EXERCICE DE LA PRÉEMPTION CONTRE L'ACHETEUR QUI N'A PAS TRANSCRIT

149. — La préemption peut-elle, depuis la nouvelle loi sur la transcription, être exercée contre l'acheteur avant la transcription de son acte de vente ?

Cette question est aussi grave qu'intéressante, grave par l'importance des intérêts qu'elle met en jeu, intéressante par le côté scientifique qui la caractérise ; elle se rattache au cas où l'acte de vente d'un immeuble sujet à la prise par préemption n'a pas été transcrit et l'effet de ce défaut de transcription sur l'exercice de la préemption. Nous aurons bientôt à nous expliquer sur les difficultés pratiques que cette question soulève. Mais avant de nous embarquer sur l'océan des controverses, posons d'abord les principes sur lesquels nous appuyons notre doctrine et qui sont, pour ainsi dire, hors de toute discussion.

150. — Il est d'abord de principe incontesté et incontestable que, depuis la nouvelle loi, la transcription est devenue une condition absolue pour la transmission de la propriété par le contrat de vente. Ensuite, c'est seulement la vente valable, et définitive, qui peut donner naissance au droit de préemption.

151. — Nous aurons maintenant à nous demander si, en l'existence de ces deux principes, universellement reconnus comme fondamentaux, on peut exercer le droit de préemption contre l'acheteur dont l'acte n'est pas encore revêtu de la formalité requise.

A ne consulter que ces principes, le doute n'est, semble-il, plus possible : si le contrat de vente est valable par la seule puissance de l'accord des volontés, il n'est, au contraire définitif, dans le sens qu'il ne produit pas son effet essentiel du transfert de la propriété, que par la transcription. Il faudrait donc attendre l'accomplissement de cette formalité pour pouvoir attaquer l'acheteur, devenu désormais propriétaire de l'immeuble vendu, par la voie de la préemption. Cependant, cette solution est controversée.

152. — Toutefois, elle ne devrait plus l'être si nous devons admettre l'opinion générale comme le critérium de l'infailibilité; car s'il est un point sur lequel on a fini par se mettre d'accord, c'est sans contredit la recevabilité de la demande en préemption avant toute transcription.

Ce qu'on obtient par la préemption, dit M. Zohny Bey¹, c'est la substitution du préempteur à l'acheteur vis-à-vis du vendeur dans tous les droits et les obligations de celui-ci. Or, quels sont donc sous l'empire de la nouvelle loi les droits du détenteur d'un acte non transcrit? La loi nous dit qu'un tel acte n'engendre que des obligations personnelles, dont la plus importante est l'obligation du vendeur de transférer la propriété à l'acheteur en lui facilitant tout ce qui est nécessaire pour faire la transcription. Or, il est universellement admis que le tribunal peut suppléer à la volonté du vendeur pour exécuter cette obligation de faire et la transcription de son jugement opérera transfert de la propriété à l'acheteur. Cette action en réalisation de la vente pourrait très bien être intentée par le préempteur subrogé aux droits de l'acheteur.

Il est certain, ajoute la Cour d'appel du Caire prononçant son arrêt toutes chambres réunies qui, par sa haute

1. *Op. cit.*, p. 26. V. aussi C. A. M., 5 fév. 1929, *B. L. J.* 41/196.

considération, imposa sa juridiction à presque tous nos tribunaux¹, il est certain que l'innovation de la nouvelle loi porte uniquement sur le transfert entre les parties du droit de propriété, sans toucher à la vente comme contrat. Cette innovation consiste à conditionner le transfert de la propriété entre les parties à la transcription. La vente n'en est pas moins parfaite pour cela, dès qu'on s'est mis d'accord sur la chose et sur le prix, et ainsi, il ne dépend plus du vendeur de revenir sur cette vente. Elle invoque, à l'appui de sa thèse, un argument de texte de l'article 236/301, qui exige uniquement, pour que la vente soit parfaite, qu'il y ait « consentement des parties... et qu'elles soient d'accord sur la chose et sur le prix »; et de l'article 266/336, qui dispose que : « La vente légalement conclue a pour effet de transférer à l'acheteur, par le fait seul du contrat... la propriété de la chose. »

La Cour en conclut que le transfert de la propriété qui n'est qu'un des effets de la vente, ne doit pas se confondre avec la vente elle-même. Ainsi, si la nouvelle loi a eu pour effet de déroger à l'article 266/336 en subordonnant le transfert de la propriété entre les parties à la transcription, il est d'ailleurs certain qu'il n'a jamais entendu faire du transfert de la propriété un nouvel élément essentiel à la constitution de la vente.

De tout ce qui précède, la Cour arrive enfin à cette conclusion, peu satisfaisante, que la nouvelle loi sur la transcription, n'ayant point touché à la vente en soi n'a pas pu par là-même atteindre le droit de préemption auquel cette vente continue à donner naissance².

Une série de jugements et d'arrêts vient l'approuver

1. V. arrêt du 3 déc. 1927, *Abhuhamah* 8/227/298.

2. V. en même sens, Namsourah, 8 déc. 1924 *B. O.* 26/46/85. Aussi, Salmalout. 30 mai 1926, *Elmuhamah* 6/451/746.

sur ce point, et répéter avec elle que la vente constituée par l'accord des parties justifie la demande en préemption. Ils ajoutent, avec un point d'exclamation, comment pourrait-on soutenir que c'est la transcription, simple formalité dépendant de l'acheteur seul, qui donne naissance au droit de préemption ! Raisonner ainsi, disent nos adversaires, c'est permettre à l'acheteur confiant dans son vendeur de mettre obstacle à la préemption en s'abstenant dans l'intention de paralyser le droit légitime du préempteur, de transcrire son achat. Or, on ne saurait sérieusement soutenir qu'une formalité, si importante soit-elle, pourrait suspendre un droit légal¹.

« Attendu que, s'il en était autrement, dit de son côté la Cour d'appel mixte², il faudrait pour être logique, en conclure que la transcription aurait dû être considérée comme une condition indispensable à l'exercice de la préemption, avant même la loi n° 19, parce que même d'après le système précédent, l'acheteur n'acquiert la plénitude de la propriété que par la transcription, le droit de propriété, qui lui vient du simple contrat, étant tout à fait imparfait et presque inutile. »

Un argument d'analogie est tiré, par les partisans de cette solution, de la possibilité, d'après la loi musulmane, de prendre par préemption un immeuble vendu par une vente avec faculté de résiliation pour l'acheteur. Si la préemption est autorisée dans un cas pareil, disent-ils, c'est parce que la vente est devenue définitive vis-à-vis du vendeur ; il ne dépendra plus de lui, mais de l'acheteur, de la résilier. Or, la vente non-transcrite peut être assimilée, en ce qui concerne la préemption, à la vente avec

1. Le Caire, 10 mars 1926, *B. O.* 27/33/51, *Elmuhamah* 7/16/31 ; Le Caire, mixte, 15 mai 1926, *Gaz.* 16/305/303.

2. V. 2 déc. 1926, *B. L. J.*, 39, p. 101.

faculté de résiliation pour l'acheteur, car le transfert de la propriété, dans notre cas, dépend de l'acheteur, qui a la faculté de transcrire ou de ne pas transcrire son acte de vente; le préempteur ne doit pas plus dans ce cas que dans l'autre, subir aucun préjudice d'une situation pareille¹. Nous ne faisons que signaler en passant la naïveté juridique de cette assimilation.

La Cour d'appel mixte, dans son arrêt précité, nous offre un argument qui paraît plus sérieux : « Il est hors de doute, dit la Cour dans un attendu élaboré, que la préemption se traduit en un *jus ad rem* plutôt qu'en un *jus in re*. Le préempteur tend, il est vrai, à la propriété, mais il n'y parvient que par l'intermédiaire du contrat, en se subrogeant vis-à-vis du vendeur dans tous les droits et dans toutes les obligations de l'acheteur. C'est dire que le préempteur n'exerce pas une action réelle qui suppose toujours un rapport immédiat et direct entre la personne et la chose, mais un droit personnel : le droit de devenir acheteur par préférence au préempté, même contre la volonté du vendeur, et de se rendre ainsi titulaire des droits contractuels de l'acheteur ». Si donc l'action en préemption n'est pas une action réelle, mais une action *sui generis* tendant à substituer à la personne de l'acheteur, celle du préempteur, son caractère n'empêche pas d'acquérir un droit de créance consistant dans l'obligation de transférer la propriété d'un immeuble. Du moment que le contrat de vente, avec les droits et obligations à elle inhérents, existe dès sa conclusion par l'accord des volontés, on ne voit pas pourquoi, demandent nos adversaires, la naissance et l'exercice du droit de préemption devraient être subordonnés à la production de l'effet réel de la vente !

1. V. Tribunal de Ménourah, 8 déc. 1924, *B. O.* 26/46/85. — Cpr. Le Caire, 10 mars 1926, *B. O.* 27/33/51, *Elmuhamah* 7/16/31.

Cette interprétation n'a rencontré partout que des adhésions. Reproduite par Hamed Bey Fahmy d'abord¹, elle fut plus tard soutenue et développée avec un rare talent par le judicieux interprète de notre droit, M. Zohny Bey dans son beau *Traité des biens*². Deux jurisconsultes éminents, M. Salib Samy Bey³ et M. Abd-El-Wahab Mohamed Bey⁴ lui ont prêté l'appui de leur autorité. Enfin, les chambres réunies de la Cour d'appel du Caire⁵ s'y sont ralliées sans hésiter.

153. — Le procès semble donc jugé, jugé en dernier ressort. Nous croyons cependant pouvoir en appeler. L'autorité des noms et la possession ne sont, après tout, que des présomptions, des préjugés, considérables sans doute, contre lesquels il n'est pas permis de s'inscrire à la légère, mais qu'en fin de compte il est de notre devoir de combattre quand la réflexion nous a convaincu qu'ils n'ont servi, jusqu'à ce jour, qu'à obscurcir la vérité. Nous pourrions d'ailleurs opposer aux autorités que nous venons de citer d'autres illustrations, et montrer que le contrat de vente ne peut donner lieu à la prise par préemption que quand il est translatif de propriété. Ceux qui ont étudié ce droit légal n'ignorent point, en effet, que le doyen Morsi Bey⁶, Elorabi Pacha⁷ et M. Halton⁸ soutiennent que la vente qui donne lieu à la préemption doit être *valable et translative de propriété* de la chose vendue à l'acquéreur. L'acheteur doit donc être devenu propriétaire définitif en vertu de la vente.

1. *Elmuhamah*, 5, p. 729.

2. P. 669-708. n^{os} 511-514.

3. *Elmuhamah*, 8, p. 668.

4. *Elmuhamah*, 5, p. 841.

5. 3 déc. 1927, *loc. cit.*

6. P. 47.

7. P. 14, n^o 17.

8. P. 167.

Quant au droit musulman, qui est la source en cette matière, il nous serait facile d'établir que les textes qu'on peut y puiser, loin de nous être hostiles, militent en notre faveur. La préemption y est, en effet, présentée comme un droit qui ne peut être exercé que contre une vente valable et définitive, n'accordant pas une faculté de résiliation et non subordonnée à une condition résolutoire, de sorte que le préempteur, une fois son droit reconnu, soit à l'amiable, soit par un jugement, devient immédiatement propriétaire de l'immeuble acquis par préemption.

Si donc le droit musulman, où les conceptions juridiques sont plutôt flottantes, peut être ici pris en considération, c'est évidemment dans le sens et en faveur de l'irrecevabilité de la demande en préemption introduite avant la transcription de la vente.

D'ailleurs, et à supposer qu'il fût bien établi que, selon le droit musulman, la conception qu'on avait de la vente était bien différente que celle adoptée par le législateur égyptien¹, nous ne serions point pour cela vaincu et sans ressources. Les textes mêmes du décret de 1901 sur la matière de préemption peuvent, en effet, nous fournir des armes nouvelles. Nous invoquons, d'une part, l'article 13, premier alinéa, qui est ainsi conçu : « Le préempteur est subrogé vis-à-vis du vendeur dans tous les droits ainsi que toutes les obligations de l'*acquéreur* »; d'autre part, l'article 19 qui considère le préempteur comme déchu de son droit, s'il a « *reconnu l'acquéreur comme propriétaire définitif de l'immeuble vendu* ».

Or, y a-t-il un argument de plus décisif, de plus démonstratif? Ne s'ensuit-il pas que c'est à un acquéreur, titulaire d'un droit définitif de propriété, qu'on a affaire, et non

1. Hamed Fahmi Bey, *loc. cit.*

point à un simple bénéficiaire d'obligations personnelles ? Ainsi pour que le préempteur puisse exercer son droit, encore faut-il qu'il se trouve en face d'un acquéreur de l'immeuble. Or, sous l'empire du Code, l'acheteur le devenait par le simple effet du contrat, de sorte que les deux qualités d'acheteur et d'acquéreur se confondaient, au regard des parties, en une seule. Mais, sous l'empire de la nouvelle loi, cette qualité d'acquéreur est conditionnée au fait que le contrat de vente soit revêtu du sceau de la transcription, le seul moyen désormais apte à transférer la propriété à l'acheteur.

154. — Une doctrine qui méconnaît cette distinction ne saurait avoir, on nous le concédera sans peine, l'autorité de la souveraine raison et enchaîner à ce titre notre liberté d'examen. Faisons donc abstraction de tout ce qui a été dit, écrit ou pensé jusqu'à ce jour sur la question posée; supposons-la nouvelle; et, l'esprit libre de tout préjugé, consentons à n'invoquer pour la résoudre que le secours du pur raisonnement.

155. — A notre sens, la préemption ne peut, en aucune façon être exercée contre un acheteur dont l'acte n'a pas été transcrit; elle y répugne, et de la manière la plus énergique, par son but même, par sa propre essence. Voilà ce que nous nous proposons de démontrer.

156. — Et d'abord, quel point d'appui donne-t-on au système admis ? On a cru pouvoir l'établir sur une analogie entre la vente non transcrite, en droit actuel, et la vente avec faculté de résiliation au profit de l'acheteur en droit musulman; mais il nous sera facile de montrer que le rapprochement qu'on invoque n'a aucune espèce de fondement.

Dans la vente avec faculté de résiliation pour l'acheteur a-t-on dit, le sort de la propriété dépendait de celui-ci; or,

le cas est le même en ce qui concerne la vente non transcrite. C'est de l'acheteur, maître souverain d'accomplir la formalité de la transcription, que dépend le sort du droit de propriété.

Mais cette assimilation est-elle fondée? On ne saurait le soutenir, et nos adversaires mêmes sont revenus sur ce point¹. L'assimilation de ces deux sortes de ventes n'existe point. Si le droit musulman a autorisé la préemption contre l'acheteur qui s'est réservé la faculté de résiliation, c'est justement parce que cette vente rendait l'acheteur propriétaire définitif de l'immeuble. Cette vente était ainsi translatrice d'une propriété irrévocable, à la différence de notre vente non transcrite, qui ne crée que des obligations personnelles. L'acheteur doit devenir propriétaire par la vente; tel est le point de vue, le point de vue unique, auquel songeaient et le droit musulman et le législateur égyptien quand ils ont édicté le décret de 1901. Nous en trouvons la preuve dans la prohibition que fait le droit musulman d'exercer le droit de préemption contre une vente avec faculté de résiliation pour le vendeur, le transfert de la propriété à l'acheteur ne pourrait pas être considéré comme définitif en vertu de cette vente. Aussi y a-t-il plusieurs auteurs qui ont prohibé la préemption contre l'acheteur dans une vente à réméré ou sous une condition suspensive ou résolutoire, pour la seule raison que le transfert de la propriété n'est pas définitif en pareil cas. Ce qui est peut-être plus décisif encore, c'est que la Cour d'appel du Caire, dans un arrêt du 21 novembre 1915³ a déclaré irrecevable une demande en préemption dans une espèce, où il était stipulé dans le contrat de vente que l'acheteur ne

1. V. Le Caire, 10 mars 1926, *B. O.* 27/33/51.

2. V. en ce sens, Fathi Zagloul Pacha.

3. *Elhokouk*, 11, p. 28.

deviendrait propriétaire qu'après le paiement des derniers acomptes du prix.

157. — Ainsi, le premier argument de nos adversaires ne nous est point hostile. Nous l'avons même retourné contre eux. Les auteurs que nous combattons en conviennent eux-mêmes ; mais comme cet aveu fait échec à leur système, ils ont dû imaginer un moyen propre à se tirer de cette impasse. Sans doute, ont-ils dit, le vendeur a consommé son rôle par la conclusion de la vente. La transcription, formalité désormais indispensable pour la transmission effective de la propriété, ne dépend que de l'acheteur. Or, on ne saurait laisser celui-ci tyranniser le préempteur par son voisinage, en paralysant en même temps son droit légal par une abstention malicieuse de transcrire son acte de vente. Cette situation, ajoutent-ils, allant à l'encontre de l'esprit aussi bien de la loi sur la transcription que de la loi sur la préemption, ne peut que confirmer la justesse de la solution adoptée.

Etrange paradoxe ! dont le résultat ne saurait être qu'une injustice aussi chimérique ! Est-il vrai d'abord que l'accomplissement de la formalité de la transcription soit laissé à la discrétion et au caprice de l'acheteur ? Nullement ; loin de là, le législateur s'est efforcé de donner au système de la publicité la plus large application possible. Que nos adversaires veuillent bien se donner la peine de consulter les circulaires du ministère de la Justice du 2 juin 1925, et celle de la Cour d'appel mixte du 11 avril 1926, édictant la défense de donner le visa pour date certaine sur tous les actes sous seing privé visés par les articles 1 et 2 de la loi sur la transcription. Qu'ils n'oublient pas, non plus, de jeter un coup d'œil rapide sur la loi n° 28 de 1928 relative à la légalisation des signatures dans

les actes soumis à la transcription; ils vont y trouver l'obligation pour tous les fonctionnaires et les officiers publics investis de ce pouvoir, de percevoir, en même temps que les droits de légalisations, le droit dont les actes dont il s'agit sont passibles, lorsqu'ils sont présentés à la transcription (art. 1^{er} de cette loi).

Les termes absolus de ces dispositions sont surtout décisifs pour refuser à nos adversaires que la formalité de la transcription soit laissée au bon gré de l'acheteur.. La loi n'est point parfaite assurément. Elle aurait pu, sans doute, peut-être même l'aurait-elle dû, soumettre la vente à la formalité de la publicité, sous peine, pour l'acheteur qui n'aurait pas satisfait à cette prescription, dans un certain délai, d'être déchu de son droit d'exiger l'accomplissement de cette formalité. Mais il n'est pas vrai que, par cela même que la loi ne contient aucune prescription à cet égard, elle a implicitement exonéré l'acheteur de remplir la formalité de la transcription, quand bon lui semble.

Ainsi nous avons combattu nos adversaires sur le terrain des textes formels. Essayons maintenant de les empêcher de réhabiliter leur théorie par tout autre moyen. Et demandons-nous s'il est dans l'intérêt de l'acheteur de s'abstenir de faire la transcription et de rester avec rien entre ses mains, sinon un titre sous seing privé absolument inefficace n'ayant même pas date certaine. Est-il dans son intérêt d'agir ainsi, rien que pour paralyser le droit du préempteur? On ne saurait le penser sérieusement. En effet, qu'est-ce que cet acte tout à fait imparfait et presque inutile? Quel droit lui confère-t-il, sinon un simple droit de créance, efficace exclusivement vis-à-vis de son contractant, tandis que celui-ci reste totalement capable de le priver de son espoir d'acquérir la propriété de l'immeuble,

en l'aliénant à qui que ce soit ? Et quelle est la portée pratique de la mise en possession de l'acheteur, puisque, vis-à-vis même de son cocontractant l'acheteur n'est nullement protégé par ses obligations personnelles ? L'acheteur mis ainsi en possession ne saurait même pas être assimilé à un simple locataire. Celui-ci est en principe protégé, en vertu de son bail, contre une expulsion intempestive ; tandis que notre acheteur ne saurait se défendre contre une revendication hâtive. Or, s'il est universellement admis qu'on ne saurait exercer le droit de préemption contre un locataire, si longue que soit la durée de son bail, il doit être aussi incontestable d'appliquer la même solution à l'acheteur dont l'acte n'a pas été transcrit, si longtemps qu'il reste dans l'inaction de remplir cette formalité.

158. — Quoi, douter encore ! La Cour d'appel mixte lutte encore en invoquant un argument apparemment plus solide¹. On ne voit pas pourquoi la naissance et l'exercice du droit de préemption devraient être subordonnés à la production de l'effet réel de la vente ; réplique la Cour. Cette exigence, explique-t-elle, ne résulte pas du texte de la loi sur la préemption, qui dans le sujet passif du droit (art. 13) et de l'action (art. 15) envisage la simple qualité de l'acheteur et non point celle de propriétaire ; distinction qui est importante étant donné que, d'après le système même du Code, les deux termes ne sont pas synonymes...

Elle ne résulte pas non plus, ajoute-t-elle, de la nature et de la finalité de la préemption, car la vente en donnant à l'acheteur le droit, correspondant à l'obligation du vendeur de lui transférer la chose, ainsi que les moyens juridiques nécessaires à obtenir l'effet connexe à l'exécution de cette

1. G. A. M. 21 décembre 1926, *loc. cit.*

obligation, assure au préempteur le *jus ad rem* qui lui est nécessaire et suffisant.

La reproduction textuelle de cet attendu nous paraît indispensable, car c'est dans le raisonnement même de la Cour que nous épuiserons notre défense contre elle. En effet, quoique ces raisons ne manquent point de donner une impression de force, elles ne nous paraissent pourtant point solides. Elles portent en elles-mêmes le germe de leur fragilité, le signe de leur faiblesse. Reprenons-les successivement, pour les combattre une à une.

Commençons d'abord par l'argument tiré des textes des articles 13 et 15 du décret loi sur la préemption et constatons que les dispositions décisives de ces textes militent en faveur de notre système et non point en faveur du système défendu par la Cour. En effet, ces articles envisagent, non point la simple qualité de l'acheteur, comme la Cour le prétend, mais, ce qui est bien différent, la *qualité de l'acquéreur*. Aussi il n'est point douteux que ces deux mots ne sont pas synonymes et que, d'après le système même du Code, ces deux termes sont employés dans deux sens différents. Le préempteur est subrogé à l'*acquéreur*, dit l'article 13, et l'article 15 exige, de son côté, que la demande en préemption soit introduite contre le vendeur et l'*acquéreur*.

Les termes absolus de ces textes paraissent plus décisifs par leur comparaison avec les dispositions qui régissent la matière de la vente (art. 235/300 et s.), où le législateur emploie sans faute le terme d'*acheteur*, pour désigner celui qui s'engage dans un contrat de vente à payer le prix de la chose vendue. « Le vendeur et l'*acheteur* doivent avoir la capacité légale... » dit l'article 246/312. L'*acheteur* doit avoir une connaissance de la chose vendue, exprime l'article 249/315; et ainsi de suite. Or, si le législateur de

1901 a désigné celui contre lequel on peut exercer le droit de préemption par « *l'acquéreur* », on ne saurait qu'en conclure qu'il a voulu restreindre l'exercice de ce droit à celui qui acquiert la propriété. Or, cette propriété ne sera acquise à l'acheteur que par la transcription de la vente.

Nous arrivons à la même conclusion en envisageant la nature et la finalité de la préemption.

Quant à la *nature de la préemption*, la Cour nous enseigne que la préemption se traduit en un *jus ad rem* plutôt qu'en un *jus in re*; c'est dire que le préempteur n'exerce pas une action réelle, mais un *droit personnel* : le droit de devenir acheteur par préférence au préempté; la nature du droit de préemption n'empêche donc pas, selon la Cour, de préempter un droit de créance consistant en l'obligation de vendre un immeuble¹.

Cette conception nous semble comporter des contradictions nombreuses et aboutir à des solutions inadmissibles. Nous écartons donc, sans hésiter, cette interprétation que nous venons de présenter. L'imperfection des textes ne saurait prévaloir sur la pensée qui les a inspirés. Or, cette pensée se dégage parfaitement claire alors qu'on la déduit de la nature même des choses ou de l'esprit de la loi. Comment la loi envisage-t-elle ce droit de préemption? Comme un *mode d'acquérir la propriété*, hâtons-nous de répondre. A la vérité, le Code civil traitait la préemption dans la section VI du chapitre V qui est ainsi intitulé: « *Des modes d'acquérir la propriété et les droits réels* ». Ainsi le législateur envisage ce droit comme un mode d'acquisition de la propriété. Telle a été certainement la manière d'envisager ce droit. Ce point de vue sera confirmé par le texte de

1. V. l'article de M. J. Rathle : « La nouvelle loi sur la transcription et l'exercice de la préemption », *Gazette*, 16, p. 297.

l'article 15 du décret, qui s'exprime ainsi : « La demande en préemption doit, à peine de déchéance, être introduite contre le vendeur et l'acquéreur *devant le tribunal de la situation de l'immeuble.* » Or, tout le monde reconnaît, qu'une action personnelle, qu'elle soit mobilière ou immobilière, serait valablement intentée devant le tribunal du domicile du défendeur. Ainsi si le législateur a exigé, *sous peine de déchéance*, d'introduire la demande en préemption devant le tribunal de la situation de l'immeuble, c'est qu'il l'a envisagée comme une *action réelle immobilière*. Si nous tolérons qu'on dise que l'action en préemption est une action, *sui generis*, d'un genre spécial, qui ne saurait trouver sa place parmi la classification moderne des actions, étant d'origine musulmane, nous rejetons, par contre, sans hésiter, cette conception de la Cour qui n'aurait pour conséquence que de dénaturer la nature même du droit de la préemption et de nous conduire à une inconséquence intolérable et inadmissible.

Quant à la *finalité de la préemption*, point n'est besoin d'un effort pour la découvrir. Ce droit tend à empêcher les risques du voisinage et à diminuer autant que possible le nombre des petites propriétés. Le propriétaire d'un immeuble devra être préféré à tout autre acquéreur, si son voisin se propose de vendre son immeuble. Evidemment, c'est lui qui aura, à cause de sa situation naturelle, le plus de facilité à l'entretenir et à veiller sur sa conservation. Cela lui évite aussi de souffrir du voisinage d'une personne indésirable. Le préempteur tend, donc, *à la propriété en se substituant à un propriétaire*. Un locataire, bénéficiaire d'un bail d'une longue durée, ou même un possesseur, ne saurait se voir opposer le droit du préempteur. La préemption n'a été créée et n'a d'existence qu'en

tant qu'elle porte sur la propriété foncière. On ne peut préempter contre un titulaire de droits personnels comme le locataire et, à plus forte raison, contre l'acheteur en vertu d'un acte de vente non encore transcrit, cet acte ne produisant, lui aussi, que des obligations personnelles. Seule l'acquisition de la propriété donne naissance à la préemption. Or, d'après la nouvelle loi, la propriété n'est acquise que par la transcription¹.

159. — Considérons d'ailleurs combien le système contraire serait peu d'accord avec l'*esprit général de la loi*. Où serait, en effet, la liberté des contractants, si le préempteur pouvait contraindre le vendeur à lui vendre. Supposons un cas où l'acheteur et le vendeur se soient mis d'accord pour résoudre leur contrat de vente; va-t-on permettre au préempteur de forcer le vendeur à exécuter son obligation de lui transférer la propriété, étant subrogé dans les droits de l'acheteur? Dans ce cas, la préemption n'existerait pas en tant qu'effet de la vente, comme il faut l'être; mais, ce qui répugne aux principes juridiques les plus simples, ce serait la vente qui existerait comme effet de la prise en préemption; c'est le préempteur qui aurait imposé au vendeur de consommer la vente. Or, nos adversaires nous accorderont sans peine que ce résultat logique de leur système paraît inadmissible.

160. — Considérons enfin à quelle inconséquence on est conduit dans le système contraire. Aux termes de l'article 9 du décret de 1901 : « Lorsque l'immeuble sujet à préemption aura été revendu avant qu'aucune déclaration de préemption n'ait été faite et transcrite... *l'action en préemption ne pourra s'exercer que contre le deuxième acquéreur...* » Ceci posé, qui ne voit l'étrange conséquence dans

1. V. C. A. du Caire, 10 juin 1926, *Elmuhamah* 7/154/214.

laquelle s'engagent nos adversaires? Quoi, la loi aurait imposé au préempteur de respecter les ventes consenties par l'acheteur avant la transcription de sa déclaration de préemption, même si la transcription de cette vente n'a eu lieu que postérieurement à la transcription de sa déclaration! Voilà un piège tendu au préempteur, par ceux-mêmes qui prétendent le défendre¹. En même temps que nos adversaires déplorent le sort d'un préempteur livré à l'imaginaire malice d'un acheteur qui s'abstient de transcrire, ils empirent sa situation en lui imposant la charge de se mettre à la poursuite de toutes les ventes clandestines, qui auraient pu être combinées par l'acheteur. La loi n'a point commis cette contradiction.

161. — Dans notre système, *la transcription est ainsi nécessaire pour introduire une demande en préemption contre un contrat de vente*; le droit de préemption naît au moment de la transcription et non point au moment de la conclusion de la vente. Il s'ensuit que le point de départ du délai de 15 jours, au cours duquel le préempteur doit signifier son intention, doit être reporté au jour de la transcription. Point n'est besoin d'un texte précis qui dérogerait clairement aux dispositions de la loi en cette matière. le texte actuel est largement suffisant pour nous donner satisfaction. L'article 19, troisième alinéa, parle, lui aussi, d'un *acquéreur*, autrement dit, d'une vente définitive et translatrice de la propriété. Or, d'après le principe de la nouvelle loi, seule la transcription de la vente peut lui faire produire cet effet. Ce délai de quinze jours court ainsi à partir de *la connaissance de la transcription*.

1. V. Trib. M. d'Alexandrie, 13 fév. 1926, *Gaz.* 16, n° 306; Trib. M. de Mansourah, *Gaz.*, 16, n° 307; C. A. M., 5 fév. 1929, *B. L. J.*, 41, p. 196.

162. — Quant au délai de six mois après l'expiration duquel le droit de préemption est prescrit contre tout préempteur, la loi fixe son point de départ *au jour de la transcription* de l'acte de vente. Point de contradiction¹, notre système rend, au contraire, le texte de l'article 19 plus en harmonie avec celui de l'article 22. Si l'on peut prouver que le préempteur est resté dans l'inaction plus de quinze jours à partir de sa connaissance de la vente transcrite, sa demande sera dès lors irrecevable. Elle le serait également si six mois s'étaient écoulés à partir du jour de la transcription de l'acte de vente.

163. — Pourrait-on encore nous objecter, ce que nos adversaires n'ont pas manqué de faire², que notre système encouragerait les acheteurs à s'abstenir de transcrire leurs actes; et par conséquent, à prolonger la durée d'un droit aussi détestable que celui de la préemption. La réfutation de cette objection ne nous est pas difficile. Peuvent-ils, au moins, nous donner l'exemple d'un acheteur sérieux qui veut vraiment acquérir la propriété de la chose pour lui et d'une façon définitive et qui resterait cependant sans transcrire. Même si un cas pareil peut se trouver, la menace perpétuelle subie par cet acheteur en voyant l'arme de la préemption toujours et infiniment suspendue sur sa tête, va le pousser, au contraire, à transcrire son acte, pour sortir de cet embarras et s'assurer sur le sort de sa propriété.

164. — Voilà de bonnes et sages mesures. On ne saurait sans doute y trouver une garantie absolue; car si ingénieuses qu'elles soient, il ne se peut pas qu'elles n'aient point, par leur combinaison, des interstices par où peuvent se glisser l'erreur, l'oubli ou la fraude. Mais, quoi qu'il en soit, elles

1. V. Elmansourah, 8 déc. 1924, *op. cit.*

2. Le Caire, 10 mars 1926, *B. O.* 27/33/51, *Elmuhamah* 7/16/31.

sont plus en harmonie avec l'esprit général de la nouvelle loi et la nature juridique du droit de préemption.

165. — Notre regard va vers *la Cour suprême* pour consacrer notre système. Donc, que la Cour y prenne garde ! Nous osons l'en prévenir, elle s'inscrirait, si elle soutenait le système contraire, non seulement contre des dispositions formelles de la loi, ce qui est fort grave assurément, mais encore contre l'esprit général de nouveaux principes, ce qui donne mort à la loi.

Que la Cour considère d'ailleurs combien sont essentiellement incompatibles entre elles les diverses parties de l'autre système. Point n'est besoin de démontrer qu'une vente qui n'opère transfert de la propriété que par sa transcription, n'est nullement définitive qu'à partir de l'accomplissement de cette formalité. Cela posé et étant admis que le droit de la préemption ne saurait être exercé que contre un acquéreur, par quelle secrète raison la Cour pourrait-elle admettre l'exercice de la préemption avant la transcription de la vente ? La Cour devrait comprendre qu'admettre ce point, c'est implicitement reconnaître à l'acheteur, avant toute transcription, la qualité d'un propriétaire au moins sous condition suspensive¹. Or, pour peu qu'elle y réfléchisse, elle restera convaincue qu'une telle conception est absolument inadmissible. le droit de la propriété ne prend naissance qu'au moment de la transcription.

1. V. dans ce sens : Zoni Bey, *Elmuhamah*, 6, p. 618. V. aussi les Chambres réunies, 3 déc. 1927, *loc. cit.*

CHAPITRE II

LA PREUVE DE L'ANTÉRIORITÉ DE TITRE DU PRÉEMPTEUR

166. — Nous avons, dans la section précédente, supposé l'exercice du droit de préemption contre un acheteur qui n'avait pas transcrit son acte de vente; prenons maintenant l'hypothèse inverse; supposons que ce soit le préempteur qui n'ait pas transcrit son titre de propriété, et demandons s'il peut ou non prétendre à la prise par préemption d'un immeuble sujet à ce droit, avant la transcription de son propre titre.

167. — Remarquons, d'abord, qu'avant la loi du 26 juin 1923, cette question ne soulevait aucune difficulté; l'acheteur d'un immeuble devenant propriétaire par le simple effet du contrat, pouvait prétendre à la prise par préemption d'un immeuble sujet à ce droit, sans qu'on puisse lui opposer le défaut de transcription de son titre de propriété; l'acheteur de cet immeuble n'étant pas compris dans la catégorie des tiers qui pouvaient se prévaloir du défaut de transcription (art. 611/137)¹.

168. — Mais quelle solution devrait être actuellement donnée à cette question? Le droit de préemption peut-il être exercé du jour de la vente consentie au préempteur, ou du jour de la transcription de cette vente?

1. V. Zakazik, 3 fév. 1921, *B. O.* 23/91/140; C. A. M., 16 juin 1904, *B. L. J.* 16/335, et 27 déc. 1906, *B. L. J.*, 19, p. 61.

M. Zohni Bey a touché ce point. La transcription de la vente consentie au préempteur, dit-il, n'est point nécessaire pour justifier sa demande en préemption puisqu'elle lui confère, avant toute transcription, la qualité d'acheteur; si donc il transcrit son contrat, cette transcription rétroagissant au jour de la vente consentie à son profit, c'est de ce jour même que date la mutation de propriété qu'elle engendre¹.

Cette idée étant posée, c'est-à-dire étant admis que la vente non transcrite est une véritable vente conditionnelle, M. Zohni Bey devait naturellement en déduire la recevabilité de l'action en préemption introduite par le préempteur *pendente conditione*, ou, en d'autres termes, avant la transcription de son propre contrat de vente. Il est bien vrai, ajoute-t-il, que la prise par préemption ne serait confirmée au profit du préempteur que par la transcription de son acte de vente et la transmission de la propriété à son profit. Or, si la propriété de l'immeuble à lui vendu a été acquise par un tiers, qui a eu la diligence de transcrire avant lui, il s'ensuit l'annulation de la préemption, car le préempteur ne serait plus propriétaire².

Ainsi, le jugement accordant la prise en préemption au profit du préempteur serait conditionnel !

169. — Nous n'avons pas besoin de dire que ces solutions sont exclusives l'une de l'autre, et qu'ainsi l'une des deux doit forcément disparaître. Si, en effet, la vente ne transfère la propriété que par la transcription, si cette formalité sans laquelle la propriété ne peut valoir laisse debout et pleinement valables les actes que le propriétaire a consenti *medio tempore*, c'est qu'apparemment elle n'a

1. *Les biens*, n° 489, p. 679-680.

2. *Les biens*, n° 463, p. 657.

jamais rien eu de conditionnel. Et s'il est vrai que le vendeur n'a cessé d'être propriétaire qu'à compter du jour de la transcription, il est non moins certain que la mutation de propriété n'a pas pu avoir lieu au profit de l'acheteur le jour-même de la vente. Comment, en effet, aurait-il pu acquérir, même conditionnellement, une propriété que l'autre partie conservait à l'état de propriété pure et simple.

Laissons là ces impossibilités, et hâtons-nous de revenir à des règles plus exactes. La vente qui a été consentie au préempteur n'a pu avoir aucun effet translatif; elle ne l'a même pas eu conditionnellement; car personne ne peut contester que la propriété persiste sur la tête du vendeur jusqu'au moment de la transcription. Dès lors, pourra-t-on jamais admettre qu'un contrat qui, jusqu'à ce jour, n'a eu aucun effet translatif de propriété puisse avoir un effet rétroactif contre le préempté?

Au reste, nous en appelons de M. Zohni Bey à M. Zohni Bey lui-même. « Lorsque, dit-il, une seconde aliénation de l'immeuble vendu a été transcrite avant la transcription du contrat du préempteur, il s'ensuit l'annulation de la préemption, car celui-ci ne saurait plus être considéré comme propriétaire. »

On devine sans peine l'arme que M. Zohni Bey nous fournit contre lui-même. S'il est vrai, dirons-nous, que le vendeur, avant la transcription du contrat du préempteur, conserve intacte, nonobstant la vente qui l'oblige dès à présent, la propriété de sa chose, si cette chose ne passe dans le patrimoine de l'acheteur qu'à partir du moment où il transcrit sa vente, si celui-ci pouvait être privé à jamais de la propriété par la transcription d'une autre aliénation, n'est-il pas manifeste que le préempteur, dans notre hypothèse, ne devient propriétaire que du jour de la transcription et sans rétroactivité au jour de la convention?

Nous pourrions donc dire que la transcription de la vente ne peut avoir aucun effet rétroactif, et qu'ainsi ce n'est qu'à sa date et pour l'avenir seulement que s'opère la mutation de la propriété de la chose vendue.

Concluons-en que l'acheteur qui veut prendre par préemption un immeuble sujet à ce droit, doit, dans tous les cas, être muni d'un acte transcrit. La prise par préemption n'est accordée qu'aux copropriétaires indivis et propriétaires voisins (art. 1^{er} du décret de 1901). Or, pour être propriétaire, il faut avoir transcrit son acte de vente¹.

1. V. dans ce sens, l'article du Doyen Kamel Morsi Bey, *Kh. Kh.* 3/38/98 et s.; Assiout, 19 janv. 1928, *Elmuhamah* 9/71, 113.

TITRE IV

LA THÉORIE DU JUSTE TITRE¹

GÉNÉRALITÉS. — DIVISION

170. — La prescription est, en général, un moyen d'acquérir la propriété d'un immeuble par la possession plus ou moins prolongée. Il existe une différence entre les délais exigés pour la prescription dans le Droit français et dans le Droit égyptien. Tandis que, dans le Droit français, la durée nécessaire pour la longue prescription est de trente ans et de dix à vingt ans pour les cas où l'acquéreur possesseur est de bonne foi et muni d'un juste titre (art. 2262 et 2265 C. N.) elle est de quinze ans en Droit égyptien pour les cas ordinaires et de cinq ans seulement pour les cas qui méritent une sollicitude spéciale (art. 76/102 C. civ.).

La prescription touche par certains côtés à la matière de la transcription.

Nous aurons à nous occuper d'abord d'une question très délicate : Pour que le titre invoqué, lorsque par sa nature il est soumis à la transcription, puisse servir de fondement à la prescription, faudra-t-il qu'il ait été transcrit ?

Puis, nous allons nous demander si, de même, un titre non transcrit peut servir de base à l'acquisition des fruits de l'immeuble par l'acheteur.

1. V. sur ce sujet, Zohni Bey, *Elmuhamah*, 6, p. 607, aussi 7, p. 535 et s. ; M. Hamed Fahmy Bey, *Elmuhamah*, 7, p. 97 et s. ; M. Salib Sami Bey *Elmuhamah*, 8, p. 691 et s.

CHAPITRE PREMIER

LE JUSTE TITRE EN MATIÈRE DE PRESCRIPTION ACQUISITIVE

171. Définition. — Le juste titre est un acte juridique qui aurait eu pour effet de transférer la propriété au possesseur, si cet acte juridique avait eu pour auteur le propriétaire de l'immeuble. En d'autres termes et pour emprunter la formule très exacte de MM. Aubry et Rau : « On appelle juste titre, le titre qui, considéré en soi, c'est-à-dire abstraction faite du point de savoir s'il émane du véritable propriétaire et d'une personne capable d'aliéner, est *propre à conférer le droit de propriété*. »

« Ces titres sont appelés justes titres, dit Pothier, *parce qu'étant de leur nature translatifs de propriété* ils donnent juste sujet à ceux qui acquièrent la possession de la chose à ces titres de s'en croire propriétaires, n'ayant pu deviner que la personne de qui ils ont acquis la chose n'en fût pas propriétaire¹. »

Nous arrivons donc à cette conclusion, qu'on appelle *juste titre l'acte qui est par sa nature translatif de propriété et qui l'eût effectivement transférée s'il était émané du véritable propriétaire*². Ainsi, l'acte juridique lui-même, en tant qu'il serait inefficace en ce qui concerne le transfert

1. *Prescription*, n° 57.

2. V. Planiol, Ripert et Picart, *Les biens*, t. 111, nos 701 et s.; Req., 12 juin 1928, D. P. 29.1.44.

de la propriété, ne peut pas servir de juste titre pour l'acquisition par la courte prescription ; c'est que, fût-il émané du véritable propriétaire, il n'aurait pas transmis la propriété.

Voici donc la question qui se rattache à la loi sur la transcription. Pour que le contrat de vente puisse servir de base à la prescription, faudra-t-il qu'il ait été transcrit ?

SECTION I. — EN DROIT FRANÇAIS.

172. — C'est une question controversée que celle de savoir si celui, qui, muni d'un juste titre et étant de bonne foi, a acquis l'immeuble *a non domino*, peut invoquer, contre le véritable propriétaire, la prescription de dix à vingt ans, quoi qu'il n'ait pas fait transcrire son titre ?

173. — La négative est enseignée par des auteurs d'une autorité considérable¹, qui s'appuient sur les arguments suivants :

1° Le défaut de transcription peut être opposé par tout tiers ayant des droits sur l'immeuble. Or, le véritable propriétaire de l'immeuble est certes au premier rang de ceux qui ont des droits sur cet immeuble. Il est donc fondé à opposer le défaut de transcription à l'acquéreur *a non domino* qui possède en vertu d'un titre non transcrit.

2° L'article 2180 du Code Napoléon dispose que la prescription de dix à vingt ans ne court, au profit du tiers détenteur, en ce qui concerne l'extinction des privilèges et hypothèques, qu'à partir de la transcription de son titre. De ce texte les auteurs tirent un argument *a fortiori*. Si, dit-on, sous le système du Code civil où la transcription

1. V. en ce sens : Demolombe. XXIV, p. 482; Troplong, n° 177 et s.

n'était pas exigée, l'acte de vente n'était, au point de vue de la prescription, considéré comme juste titre que s'il avait été transcrit, il devrait en être ainsi, à plus forte raison sous le régime de la loi du 23 mars 1855, qui exige formellement la transcription pour rendre les aliénations opposables aux tiers.

3° Enfin, le titre non transcrit n'est point un juste titre. Le juste titre, en matière de prescription, est celui-là seul qui peut être opposé, comme translatif de propriété, aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble.

174. — Mais c'est la doctrine contraire qui a prévalu chez la majorité des auteurs¹; qui présentent les arguments suivants :

1° La loi du 23 mars 1855 ne soumet, disent-ils, à la formalité de la transcription que les actes qui doivent et peuvent par eux-mêmes transférer la propriété. Or la propriété de celui qui, ayant acquis *a non domino*, invoque un acte de vente non transcrit, à l'appui de sa possession pendant le temps requis pour la courte prescription, repose bien moins sur cet acte de vente que sur l'usucapion qui s'est accomplie à son profit, puisque cet acte n'est invoqué que pour colorer sa possession.

Cet argument a été refusé par les adversaires de cette doctrine. Ceux-ci ont répondu que la possession en elle-même ne peut être efficace qu'autant qu'elle repose sur un juste titre.

2° Il s'agit donc de savoir si l'acte non transcrit est ou non un juste titre apte à servir de base à la prescription acquisitive. « Ce titre est juste en soi, disent MM. Aubry et

1. V. Rivière et Huguet, n°s 238 et s.; Mourlon, t. II, n° 512; Aubry et Rau, t. II, p. 440, note 106; Baudry et Tissiers, *Prescription*, p. 527, n° 674; Bufnoir, p. 329 et s.

Rau, puisque la transcription n'est point une condition de la validité des titres translatifs de propriété; il l'est aussi au regard du véritable propriétaire, puisque ce n'est pas dans l'intérêt de ce dernier que la transcription a été prescrite. »

3° Ils ajoutent qu'il résulte des articles 3 et 6 de la loi de 1855 que la transcription doit produire immédiatement et par elle-même l'opposabilité de l'acquisition de la propriété *erga omnes*, tandis que, dans l'hypothèse de l'acquisition par la prescription, elle serait en soi privée de toute efficacité, puisque l'aliénation a été faite par un non-propriétaire, et n'emprunterait sa force qu'à l'accomplissement de l'usucapion, dont elle serait simplement une condition.

La loi de 1855, qui a voulu consolider le crédit foncier, disent-ils, a eu pour but d'assurer la sécurité des tiers acquéreurs ou des créanciers hypothécaires, mais n'a eu nullement pour objet de protéger le propriétaire négligent que la perte de la possession met suffisamment en demeure de faire valoir ses droits.

4° Ils ajoutent, enfin, que la disposition toute spéciale de l'article 2180 s'explique par la circonstance que la simple substitution des personnes dans la détention de l'immeuble hypothéqué, ne constitue pas pour les créanciers un indice certain d'une mutation de propriété; c'est la transcription seulement qui peut la lui révéler. C'est pour cela que le législateur a dû exiger, dans son intérêt, la transcription comme une condition essentielle à la purge des privilèges et hypothèques, au profit du tiers détenteur par suite d'une courte prescription.

175. — Cette doctrine est, à notre avis, plus en harmonie avec le système du transfert de la propriété, tel qu'il se

trouve organisé par la loi du 23 mars 1855. Le contrat de vente étant en soi translatif de propriété entre les parties contractantes, on doit le considérer comme un juste titre au regard du véritable propriétaire, qui ne saurait se prévaloir du défaut de transcription, n'étant pas un tiers au sens de l'article 3 de cette loi. Pourtant, des partisans de cette solution l'estiment regrettable. « Il serait bon de donner à tout intéressé, disent MM. Planiol et Ripert¹, le droit de se prévaloir du défaut de transcription; le titre d'acquisition immobilière n'est vraiment régulier que quand il est transcrit. Le propriétaire véritable a grand intérêt à ne pas se voir opposer un titre non transcrit, afin de conserver pendant trente ans son droit de revendiquer. » Cette solution se trouve ainsi imposée par la logique juridique. Les textes en vigueur n'ont pas permis à nos illustres auteurs de plaider la cause de la solution souhaitable.

176. — Mais, entre *les ayants cause qui liennent leurs droits d'un auteur commun*, les auteurs se trouvent d'accord pour déclarer que l'usucapion ne saurait être invoquée par celui des acquéreurs qui n'a pas rempli la formalité acquise, contre celui qui a fait transcrire son titre. Nous retombons ici dans les conflits entre les ayants cause du même aliéneur, qui doivent être résolus par l'application des règles de la loi sur la transcription et non point par celles de la prescription. Celui qui n'a pas transcrit son titre doit succomber; il ne saurait invoquer la prescription comme remplaçant la transcription qui n'a pas été opérée. Il ne s'agit ici, dit-on, que d'une *question de préférence*, à décider par la

1. *Les biens*, t. III, n° 707.

priorité de la transcription. Ce point de doctrine, semble-t-il, est généralement admis¹.

177. — Du reste l'acquéreur, dans notre hypothèse, peut *prescrire par trente ans, à compter du jour de l'entrée en possession*. Peu importe qu'il ait ou qu'il n'ait pas fait transcrire le titre en vertu duquel il possède; ce titre, en effet, n'est point, en ce cas, invoqué comme fondement de la prescription.

178. — Point de divergences, non plus, en ce qui concerne le possesseur en vertu d'un *titre dont l'existence est subordonnée à une condition suspensive*; celui-ci ne peut être invoqué pour l'usucapion qu'à partir de la réalisation de la condition. Peu importe la mise en possession anticipée de l'acquéreur² : « L'acquéreur mis en possession, disent Baudry et Tissier, l'est d'une façon provisoire; son acquisition est subordonnée à un événement qui n'est pas encore réalisé; il n'a pas encore de titre : peu importe que, plus tard, la condition se réalise; il ne peut y avoir d'effet rétroactif pour l'appréciation d'un élément qui est de fait et doit exister au début de la possession. » Ainsi, le possesseur muni d'un pareil titre n'a-t-il point un juste titre.

SECTION II. — SOLUTION QUI DOIT ÊTRE DONNÉE A LA QUESTION DU JUSTE TITRE SOUS L'EMPIRE DE LA LOI DE 1923.

179. — La *possession*, pour conduire à la prescription, doit révéler par son titre la prétention au droit qu'elle invoque, et la *prescription* doit, de son côté, confirmer dans son résultat le contenu du droit révélé par l'*animus*

1. V. Rivière et François, n° 54; Mourlon, t. II, n° 509 et 510; Demolombe, t. XXIV, p. 443; Bufnoir, p. 331; Aubry et Rau, p. 441; Baudry et Tissier, n° 676. Cpr. Murlon, t. II, n° 511.

2. V. Aubry et Rau, t. II, § 218, n° 112; Baudry et Tissier, n° 673; Planiol et Ripert, *op. cit.*, n° 705.

possidendi. Or, celui qui reçoit l'immeuble par un acte non transcrit a bien, sans doute, un certain *animus domini*, mais c'est un *animus domini* limité, en tant qu'il accepte de n'être *dominus* que dans la mesure où il serait propriétaire; autrement dit, sa possession à titre de propriétaire est subordonnée à la perfection de son titre d'achat; et, par conséquent, elle ne pourra jamais devenir une possession utile, tant que la formalité de la transcription n'a pas été accomplie. Ce que je veux dire, c'est que l'*animus* qui préside à la possession de l'acheteur qui n'a pas transcrit son titre est exactement comme celui d'un propriétaire conditionnel, l'existence de son titre translatif est subordonnée à la condition d'accomplir la formalité de la transcription.

180. — La question revient donc à savoir si le propriétaire, contre qui la prescription est invoquée, est au nombre des personnes qui ont qualité pour se prévaloir du défaut de transcription. C'est donc une question d'interprétation de l'article premier de la loi de 1923. Pour nous, nous n'avons jamais hésité : *le contrat non transcrit ne peut en aucune façon servir de base à la prescription quinquennale*. Le propriétaire aura donc qualité pour opposer le défaut de transcription.

Ainsi, l'acquéreur de bonne foi et qui a un titre remplissant toutes les conditions exigées par la loi ne peut prescrire par cinq ans et se prévaloir de la prescription vis-à-vis du véritable propriétaire, que lorsqu'il a fait transcrire son titre émané d'un *non domino*. Il faut, pour pouvoir prescrire par ce laps de temps réduit, que le possesseur ait juste titre, c'est-à-dire un titre qui aurait pour effet de lui conférer un droit de propriété, s'il émanait du vrai propriétaire. Or, il faut se rappeler que la transcription, lors

même qu'elle ne constitue pas une solennité, une condition prescrite pour la validité de l'acte, n'en est pas moins une formalité nécessaire pour que la transmission des droits ait lieu entre les parties contractantes. Une vente non transcrite ne peut donc être considérée comme un titre translatif de propriété propre à servir de base à la prescription de cinq ans¹.

A l'appui de cette doctrine, nous invoquons l'article premier de la loi de 1923. Cet article dispose que, jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes énumérés dans la loi ne peuvent être invoqués que comme source d'obligations personnelles entre les parties contractantes. Le propriétaire, qui y est étranger, ne peut donc pas se voir opposer, contre son droit de propriété sur l'immeuble, un acte de cette nature? Le contrat non transcrit n'est pas, par sa nature, translatif de propriété. Cela est démontré par le but de la loi, qui est de faire de la transcription, en dehors du cas de la prescription par quinze ans, le moyen unique du transfert de la propriété; et on peut même dire que la loi ne fonctionne vraiment qu'à ce point de vue². Alors ni le contrat, ni les droits qui en résultent, ne pourront être opposés aux tiers. Ici donc notre texte s'applique à merveille; l'acte lui-même ne saurait servir de fondement à la prescription. Enfin, l'article premier pose une règle absolue et générale, qui s'applique en faisant abstraction de la qualité des tiers qui l'invoquent.

On peut donc conclure, sans aucun doute, que le « *verus dominus* » est bien parmi les intéressés qui pourront exciper du défaut de transcription. Il faut toujours rechercher le

1. Cpr. Zohni Bey, *loc. cit.*

2. *Contra* : Salib Sami Bey, *op. cit.*, p. 695.

but même dans lequel la transcription a été exigée. C'est dans l'intérêt général et pour le bon fonctionnement du crédit foncier. La transcription constitue donc une condition de la validité de l'acte *erga omnes*, puisque, quand il n'est pas transcrit, celui-ci n'est valable qu'entre les parties, ce qui veut dire que, de sa nature, il n'est pas translatif de propriété; or, comme nous l'avons déjà démontré, c'est le seul caractère et la seule condition qui soient exigés pour qu'il y ait juste titre.

181. — Analysons maintenant, à propos de la transcription dans ses rapports avec la prescription, une autre situation. Celle-ci est très délicate.

Il faut supposer que le conflit s'élève, non plus entre le véritable propriétaire et le tiers ayant traité avec un *non dominus*, mais entre *deux ayants cause du même auteur*. Il y a ici une distinction à présenter.

182. — Il peut se faire, en effet, qu'il s'agisse d'*ayants cause du vrai propriétaire*, seulement il y en a un qui n'a pas fait transcrire, il faut même supposer que ce soit ce dernier qui soit en possession. Cette condition est indispensable pour que l'on puisse parler de la prescription acquisitive. Il s'agit donc, par hypothèse, d'un premier acheteur, qui était forcément de bonne foi et qui a été mis en possession de l'immeuble, mais il a négligé de faire transcrire son acte d'achat. Puis, le second acheteur qui, lui, a fait transcrire, a attendu, pour une raison ou pour une autre, plus de cinq ans pour agir en revendication. Le possesseur pourra-t-il opposer la prescription quinquennale contre celui qui a fait transcrire son titre? Autrement dit, le défaut de transcription ne pourrait-il plus être opposé, si cinq ans se sont écoulés depuis la conclusion du contrat? S'il en était ainsi, ce serait ici, moins une question d'acquisition de la

propriété par la prescription, qu'une fin de non recevoir, à opposer au droit de celui qui a acquis la propriété par la transcription, d'invoquer le défaut de transcription. Or, la solution, présentée sous cette forme, est inacceptable. Elle apparaîtrait comme l'effet d'une prescription libératoire à l'égard de l'action naissant du défaut de transcription au profit de celui qui a transcrit. Or, il n'y a pas, pour ce dernier, d'action naissant du défaut de transcription, mais un droit de se prévaloir de sa propriété à l'encontre de tout le monde, et surtout contre celui qui possède en vertu d'un acte non transcrit. L'acquéreur qui a transcrit est, par rapport à lui, un propriétaire qui invoque son droit *erga omnes*, à l'encontre de tout possesseur; et celui qui détient l'immeuble en vertu d'un acte non transcrit est, en ce qui concerne le conflit qui s'élève à propos de la propriété, un *non dominus* comme tous les autres. C'est bien, cette fois, qu'il est vrai de dire que la propriété, d'après la loi de 1923, n'est transférée que par la transcription. Ce qu'invoque celui qui a transcrit, ce n'est pas une action qui naîtrait à son profit du défaut de transcription de l'acte de son adversaire; c'est l'action en revendication elle-même, laquelle ne s'éteint pas par le non-usage, et ne peut disparaître que par contre-coup, en quelque sorte, par l'effet de l'acquisition de la propriété au profit d'un autre.

Aussi est-ce bien, en effet, l'acquisition de la propriété par la prescription qu'invoque le possesseur, et non une fin de non recevoir contre le droit d'invoquer le défaut de transcription. Il ne peut donc être question que d'une nouvelle acquisition de la propriété; le possesseur n'étant pas devenu propriétaire par l'effet du contrat, ni par la prescription de quinze ans. Il n'a possédé que pendant cinq ans et

il voudrait se prévaloir de son titre non transcrit comme juste titre, le peut-il ?

Sans aucune hésitation, nous répondons non. C'est ici l'interprétation exacte de l'article 1^{er} de la loi de 1923 ; vis-à-vis de celui qui a transcrit, on ne saurait dire que le titre était valable sans transcription ; le titre n'existe comme translatif de propriété que s'il a été transcrit. Puisqu'il n'y a pas eu transcription, le titre est à l'égard des tiers non venu ; il n'existe pas. Il date de sa transcription. Ce titre non transcrit est non venu, mais en ce sens seulement, en tant qu'on voudrait prétendre qu'il pourrait servir de base à l'acquisition de la propriété par la courte prescription. Des deux titres en conflit, le titre transcrit, seul, doit être pris en considération.

183. — Voilà exactement ce que veut dire la loi de 1923 ; elle signifie que, vis-à-vis de celui qui a transcrit, le titre qu'on lui oppose est absolument inefficace. Il est certain que, dans le conflit entre deux ayants cause d'un même auteur, le titre d'acquisition ne peut jamais être invoqué, à quelque point de vue que ce soit, que s'il a été transcrit. La transcription est une condition de l'efficacité du titre en tant que translatif de propriété. L'acheteur n'est censé être propriétaire, même à l'égard de son vendeur, que par la transcription. Or, comment pourrait-il prescrire, sur la base d'un titre dépourvu de tout effet translatif¹.

Le tiers acquéreur, auquel la prescription est ainsi opposée, peut se prévaloir du défaut de transcription du possesseur, même quand celui-ci a possédé pendant plus de

1. M. Salib Sami Bey a sur ce point, une doctrine fort singulière. « Il n'est pas nécessaire, dit-il, que le titre soit translatif de propriété pour être considéré comme juste titre. il suffit qu'il ne soit pas nul d'une nullité absolue. » (*Elmuhamah, op. cit.*, p. 693 et s.)

Nous ne saurions pas nous rendre à son raisonnement, et personne évidemment ne voudra le suivre jusque là.

cinq ans, mais avec un titre non transcrit, avant que le tiers acquéreur n'ait lui-même fait transcrire son acte. Cette possession est inefficace et le tiers est censé agir *rebus integris*.

L'exemple suivant va éclairer la situation.

Ali vend l'immeuble B à Mahmoud, lequel a négligé de transcrire son acte. Le même immeuble se trouvait avoir été déjà vendu à Hamed, qui était mort avant d'avoir fait transcrire son titre; son héritier, Hassan, au retour d'une longue absence, veut mettre ses affaires en ordre; il fait transcrire cette vente et intente contre Mahmoud une action en revendication de l'immeuble. Celui-ci prétend lui opposer qu'il a possédé *animo domini*, avec juste titre et bonne foi, et que la prescription a été acquise à son profit avant la transcription de l'acte de vente de Hamed.

Il nous paraît évident que Hassan pourra victorieusement lui répondre que la possession pendant cinq ans n'a pu le dispenser du devoir de transcrire son titre. Puisque Mahmoud veut invoquer contre les tiers son contrat, il faut qu'il le leur montre, muni de la formalité qui le rend digne de leur considération. La loi n'a dit nulle part qu'au bout de cinq ans de possession, l'acheteur serait affranchi de la transcription. Il devait transcrire, c'est tant pis pour lui s'il a négligé d'observer la loi.

184. — La même solution doit être donnée dans tous les cas où le possesseur ne pourrait pas invoquer la prescription de quinze ans. Ainsi, par exemple, Ali vend à Mamoud l'immeuble B; Mahmoud ne fait pas transcrire, et, au bout de dix ans, Ali revend le même immeuble à Hamed, qui, lui, fait transcrire son acte d'acquisition. Celui-ci pourra très bien revendiquer l'immeuble entre les mains de Mahmoud, sans que ce dernier puisse lui opposer

l'acquisition de la propriété par la prescription. Il n'a, en effet, qu'un titre non transcrit, qui ne peut ni être opposé à Hamed, ni servir de base à la prescription quinquennale, n'étant pas par sa nature translatif de propriété.

185. — Posons maintenant la question dans une hypothèse un peu différente; c'est le cas où le conflit s'élèverait entre *des ayants cause ayant traité avec un « non dominus »*. Il faut supposer, pour que la question se pose, que celui des deux ayants cause qui avait transcrit et qui n'est pas en possession, ait acquis après coup la propriété. C'est à ce moment qu'étant devenu propriétaire, il voudrait agir en revendication contre le possesseur, lequel prétendrait invoquer son titre, même non transcrit, pour lui opposer la prescription de cinq ans. Et encore, pour plus de précision, faut-il qu'il soit bien entendu qu'il a acquis la propriété de son chef, et non comme un ayant cause du vendeur¹. Il serait devenu héritier du véritable propriétaire, ou bien encore il aurait traité avec lui.

L'exemple suivant va nous permettre d'analyser la situation.

Ali croyant avoir acquis la propriété de l'immeuble B dans une succession à laquelle il était appelé, le vend successivement à Hamed et à Hassan. Hamed ne fait pas transcrire son contrat qui est du 1^{er} janvier 1925, mais il s'est mis en possession depuis la conclusion du contrat. Hassan apprenant que c'est Mahmoud qui est le propriétaire originaire de l'immeuble et non pas Ali, car, en réalité,

1. Il pourrait arriver, en effet, que le vendeur de la chose d'autrui fut devenu propriétaire après la vente, par succession, par exemple. Le droit qui viendrait ainsi se fixer dans son patrimoine passerait à celui à qui, par avance, il l'eut transmis. Et alors, s'il s'agit de deux acheteurs, dont l'un seulement a fait transcrire, l'autre étant en possession de l'immeuble, la question de prescription qui s'élève entre eux, est exactement la même que celle dont j'ai déjà exposé les termes et formulé la solution.

la succession recueillie par celui-ci ne comprenait pas cet immeuble dans son actif, s'est arrangé pour valider la vente, qui était nulle en vertu de l'article 264/333 civil, par la confirmation ultérieure par Mahmoud de la vente faite par le vendeur de l'immeuble B; puis il opère la transcription de son contrat de vente et de cette confirmation. La vente faite à Hassan se trouve ainsi validée par la confirmation émanée du propriétaire.

En 1932, Hassan intente une action en revendication contre Hamed qui prétend lui opposer la prescription de cinq ans avec juste titre et bonne foi, Hamed sera-t-il fondé dans son exception? Je ne le pense pas. Il ne me semble pas douteux que le possesseur ne soit pas en droit, s'il possède depuis cinq ans, d'opposer son titre non transcrit, qui n'est pas de nature à transférer la propriété, car il n'aurait pas pu, comme nous l'avons déjà démontré, le faire à l'encontre du véritable propriétaire lui-même, dont Hassan ne fait qu'invoquer les droits à titre d'ayant cause. Remarquons, en effet, que le demandeur en revendication ne se prévaut pas ici de la vente qu'il avait passée, il ne se présente pas comme un ayant cause du vendeur, mais comme un ayant cause du propriétaire.

Il est vrai que Hamed ayant acheté à *non domino*, c'est moins son titre qui le rend propriétaire que la prescription¹. Mais il est également vrai que ce titre est le fondement de la prescription, car sans lui, il faudrait quinze ans pour que la prescription s'accomplisse. Hamed est donc obligé de montrer son titre et de s'en prévaloir contre Hassan. Or, la loi de 1923 prive de tout effet translatif l'acte d'acquisition émanant du vendeur et qui n'a pas été transcrit.

1. Comme le dit M. Salib Sami Bey, *loc. cit.*

Cet acte qui, faute de transcription, n'aurait pas été translatif de propriété, lors même qu'il serait émané du vrai propriétaire, peut-il raisonnablement être opposé à Hassan, parce qu'émané d'un faux propriétaire, il a eu besoin d'être fortifié par le laps de 5 ans et par la bonne foi !

186. — Lorsque le possesseur oppose la prescription de 5 ans au propriétaire qui revendique, la valeur du titre dont il se prévaut doit s'apprécier en elle-même, à un point de vue absolu. Le temps de la possession en ce qui concerne le titre non transcrit n'est d'aucune considération, lorsque par la mainmise qui résulte de la transcription, les tiers sont devenus propriétaires de l'immeuble. Le possesseur prétend invoquer un juste titre; apprécions ce juste titre en lui-même, en le considérant comme la base de la prescription. Mais ce titre, quoique ainsi relevé par la possession de cinq ans et la bonne foi, est toujours sans efficacité, puisque la transcription lui manque. Il en sera donc ainsi à l'égard de quiconque revendique comme propriétaire.

Concluons donc que l'acheteur, qui n'a pas fait transcrire son acte, est censé n'avoir pas possédé¹.

187. — Que faut-il donc qu'il fasse pour rendre sa possession utile? Il faut qu'il se hâte de faire transcrire son contrat et *les cinq ans partiront du jour de cette transcription*, ainsi que le veut la loi.

La raison en est dans cette idée qui résulte du nouveau principe en matière de transfert de la propriété, à savoir, que l'acheteur ne devient propriétaire, même à l'égard de son vendeur, que par la transcription. Or, comment pourrait-il prescrire en vertu d'un acte de cette nature? Ne

1. Hamed Fahmy Bey (*loc. cit.*) que, de ce chef encore, nous réfutons, soutient qu'au contraire le contrat non transcrit est un juste titre apte à servir de base à la prescription quinquennale. Le lecteur décidera !

perdons pas de vue qu'il s'agit ici d'une *possession reposant sur un titre* auquel elle est liée; elle n'est nécessaire que pour purger le vice originaire de ce titre qui lui sert de base. L'acquisition de la propriété sera le résultat à la fois du titre et de son fait. Donc, suivant ce principe, le possesseur ne peut, jusqu'à la transcription, se servir des fruits de la possession et des droits qui en résultent. C'est à partir de la transcription que la possession devient utile, dans le cas qui nous occupe.

Au reste, telle est la solution donnée au cas d'une possession reposant sur un titre dont l'existence est subordonnée à une condition suspensive. La prescription, dans ce cas, ne court que du jour de la réalisation de la condition. La mise en possession de l'acheteur « ne peut s'expliquer que par une convention accessoire qui, impliquant pour ce dernier l'obligation éventuelle de restitution, ne lui crée qu'une situation provisoire et équivoque¹ ». Or, ce cas n'est pas sans analogie avec celui où la possession repose sur un titre non transcrit, quoique nous nous gardions de les assimiler.

188. — La solution serait la même quand on se trouve en présence d'un *conflit entre un sous-acquéreur et un acquéreur* qui a fait transcrire son titre.

Analysons maintenant la situation suivante. Ali vend à Mahmoud sa maison; celui-ci revend cet immeuble à Hamed avant la transcription de son propre titre; Hamed reste six ans en possession. Après ce temps, Ali, apprenant que Mahmoud n'a pas transcrit son titre, vend une seconde fois cette maison à Hassan, qui opère la transcription de son acte de vente. Hassan se voit troublé dans la jouissance du droit de propriété qu'il tient de son vendeur, par

1. Aubry et Rau, *loc. cit.*

Hamed, lequel prétend avoir acquis de Mahmoud, le premier acheteur, le même droit sur la maison. Alors Hassan intente une action en revendication contre Hamed. Celui-ci pourra-t-il opposer à Hassan la prescription quinquennale avec juste titre et bonne foi, pour repousser l'action en revendication intentée contre lui? Si Hamed avait fait transcrire son propre titre, il aurait pu se prévaloir de la prescription de cinq ans. En effet, il avait acheté à un *non domino*, il aurait donc la faculté, après cinq ans de possession, et en réunissant d'ailleurs toutes les autres conditions requises pour la prescription, de repousser l'action en revendication. On considère donc Mahmoud auteur de Hamed, comme une personne n'ayant aucun droit à la propriété de l'immeuble; cette circonstance n'empêche pas Hamed d'avoir juste titre. Mais celui-ci n'ayant pas transcrit son titre, ses prétentions ne triompheront pas; car ce n'est que par la transcription que l'acte d'achat peut être opposé comme un juste titre. La loi est formelle et positive. La prescription n'est quelque chose qu'avec le titre; et le titre n'a pas été transcrit. Cela nous donne la solution. Le possesseur invoque son titre en tant que, par lui-même, et de sa nature, il serait translatif de propriété, et pour que ce caractère lui appartienne, il est nécessaire, nous le savons, qu'il s'y ajoute la formalité de la transcription. Il suffit de considérer la vente en elle-même, à la lumière de l'article 1^{er} de la loi de 1923, qui ne fait d'elle un titre, de sa nature, translatif de propriété que par la transcription.

189. — Ce défaut de transcription, n'est-il donc permis de s'en prévaloir que pour justifier de l'acquisition du droit de propriété? Ne peut-il pas être invoqué d'une façon générale, dès que le possesseur prétend faire usage de son titre non transcrit? Ce titre est, à notre avis, *inefficace à un*

point de vue absolu, dès qu'il s'agit, en vue d'un effet quelconque à en retirer, d'en établir l'existence à l'encontre de tout autre intéressé.

Prenons l'exemple d'un *créancier hypothécaire* qui se trouve en face d'un sous-acquéreur qui aurait en sa faveur une possession de plus de cinq ans.

Ali vend sa maison de Zamalek à Mahmoud, le 1^{er} janvier 1925. Cette vente n'a pas été transcrite. Le 1^{er} janvier 1935, Mahmoud revend cette maison à Hamed. Mahmoud fait une demande en paiement, le 1^{er} janvier 1936, contre Hamed, qui oppose l'existence d'une inscription hypothécaire prise contre Ali le 1^{er} janvier 1930 au profit de Hassan, lequel assignait Hamed en paiement du prix de la vente de l'immeuble qui lui avait été hypothéqué.

L'hypothèque constituée en 1930 par Ali au profit de Hassan est parfaitement valable comme émanant du vrai propriétaire. Par le défaut de transcription du titre de Mahmoud, Ali est resté le propriétaire unique de l'immeuble vendu. Mahmoud ne pourrait donc pas, s'il était assigné par son ayant cause en déclaration du jugement commun, opposer à Hassan, le créancier hypothécaire, la prescription quinquennale, pour arguer de la nullité de son hypothèque. Celui-ci saurait parfaitement lui répondre : qu'au moment où il est devenu créancier d'Ali, Mahmoud n'avait pas acquis la propriété de l'immeuble; le défaut de transcription ne pouvant pas être couvert par le laps de cinq ans. L'immeuble ne serait donc pas affranchi de l'hypothèque constituée par Ali, quand il était propriétaire incontestable de l'immeuble qui lui a été hypothéqué.

La transcription est ainsi un élément essentiel pour rendre l'acte de vente apte à servir de base à la courte prescription. La possession fondée sur une vente non transcrite,

ne saurait être qualifiée de possession avec juste titre qui, corroborée par la bonne foi, fait déclarer acquise la propriété par la prescription de cinq ans. L'acheteur ne peut pas valablement l'opposer au créancier inscrit du chef du vendeur.

190. — Et nous ajoutons que, même un *créancier chirographaire* peut lui opposer le défaut de transcription. La loi veut que les créanciers, même chirographaires, soient avertis par la transcription (et c'est là, comme nous l'avons déjà dit, l'innovation la plus importante de notre loi) de la mutation qui fait passer leur gage des mains de leur débiteur dans celles d'un tiers. Ainsi la prescription ne fait acquérir la propriété au profit du possesseur qu'à partir du jour où il a fait transcrire le titre en vertu duquel il possède.

191. — Il est inutile de dire que le défaut de transcription n'empêche pas celui qui a acquis a *non domino* et qui est de mauvaise foi de *prescrire par quinze ans de possession*.

192. — Mais si la vente est consentie par le vrai propriétaire et que l'acheteur, qui n'a pas fait transcrire, reste pendant quinze ans en possession, est-ce qu'il triomphera contre l'action en revendication qui serait intentée par le second acquéreur, auquel le vendeur aurait vendu une seconde fois au bout de quinze ans et qui aurait fait transcrire? Sans aucun doute. Le premier acquéreur ne se prévaut pas de son titre pour repousser l'action en revendication, mais il invoque la prescription. On comprend donc facilement que la transcription du titre d'acquisition soit tout à fait inutile, car le possesseur, n'eût-il aucun titre, pourrait encore triompher par la seule possession de quinze ans. Or, l'acquéreur ne peut être dans une condition pire que celui qui a acheté de mauvaise foi a *non domino*, ou même qui se serait emparé de l'immeuble.

D'ailleurs, ce n'est pas le titre qui est ici translatif de

propriété par rapport au second acquéreur, c'est la longue prescription. Le second acquéreur, qui ne s'est pas mis en possession, bien qu'il ait transcrit son titre, perdra le bénéfice de la transcription, par la possession pendant quinze ans, sans interruption, du premier acheteur qui n'a pas transcrit¹. C'est donc la durée de la possession et l'exercice continu des actes à titre de propriétaire qui élève la présomption de propriété à un tel degré de force que rien ne saurait y résister.

193. — Quand même la seconde vente aurait été consentie et transcrite avant l'expiration de quinze ans, le second acheteur succomberait également, s'il n'intentait son action en revendication qu'après ce délai. Le premier acheteur ne s'appuie que sur sa possession, et la transcription de la seconde vente ne saurait évidemment interrompre la prescription.

194. — De tout ce qui précède, nous arrivons à formuler cette *règle générale* : lorsque la possession doit s'appuyer sur un juste titre, elle n'est utile qu'à partir du jour où ce titre a été transcrit ; mais lorsque, au contraire, elle ne prend qu'en elle-même son point d'appui, la transcription du titre n'est, en ce qui la concerne, d'aucune considération.

195. — Les solutions que nous venons d'exposer sur l'*inutilité* d'une possession fondée sur un contrat de vente non transcrit, quand l'acheteur-possesseur veut se prévaloir de la prescription quinquennale, la *préférence* de celui qui a transcrit son contrat avant que la propriété de l'immeuble soit acquise au possesseur en vertu d'un acte non transcrit par la longue prescription, le droit du *véritable propriétaire* d'opposer à celui qui a traité avec un *non domi-*

1. V. en ce sens, Guiza, 11 oct. 1921, *Elmuhamah* 8/272/385.

no le défaut de transcription de son titre, sont, ainsi qu'on le voit, logiquement déduites de notre principe fondamental du transfert de la propriété, à savoir que, pour avoir un droit de propriété sur l'immeuble vendu, il faut avoir accompli la formalité de la transcription qui le produit.

Cette doctrine paraîtra très plausible si on se rappelle qu'aux termes très positivement formels de la circulaire¹ du ministère de la Justice, en date du 2 juin 1925 « cette loi a introduit un nouveau principe concernant le transfert de la propriété; à savoir que les contrats ne produisent cet effet, même entre les contractants, que par la transcription... à défaut de cette formalité, l'acheteur ne saurait se prévaloir de l'acquisition de la propriété par la prescription, qui doit être fondée sur un juste titre, lequel est un contrat translatif de propriété. Or, les contrats non transcrits, n'ayant aucun effet translatif de propriété, même s'ils émanaient du légitime propriétaire, ne sauraient valablement être considérés comme juste titre ».

Enfin, la jurisprudence ne répugne point à notre doctrine; tout au contraire, elle lui prête un appui décisif. « Sous l'empire de la loi de 1923, dit un arrêt de la Cour d'appel mixte², ne peut servir de juste titre aux fins de la prescription quinquennale, malgré sa forme authentique et sa date certaine, un acte de vente non transcrit et, par suite, non translatif de propriété ». Là est toute notre doctrine. La transcription étant indispensable pour transférer la propriété, l'acheteur qui l'a négligée encourt les peines attachées à son omission, c'est-à-dire, comme dans notre espèce, l'inefficacité de sa possession³.

1. N° 2124. V. C. cass. du Caire, 11 déc. 1935, *Elmuhamah* 17/53/10.

2. 24 fév. 1931, *B. L. J.*, 43, p. 243.

3. V. en même sens : C. A. M., 20 mars 1934, *B. L. J.*, 46, p. 216; 7 fév. 1935, *B. O.*, 47, p. 150. — Cpr. 26 déc. 1933, *B. L. J.*, 46, p. 95.

CHAPITRE II

L'ACQUISITION DES FRUITS

196. — Pour que le possesseur fasse les fruits siens, il faut qu'il ait *justa opinia quaesiti domini*, une juste raison de se croire propriétaire; or, cette condition ne se trouve remplie qu'autant qu'il possède en vertu d'un juste titre¹. Quel est donc, dans l'espèce, ce titre qui est de nature à inspirer au possesseur la *légitime croyance* qu'il est propriétaire? Pourrait-il être un contrat de vente non transcrit?

197. — Pour que la question se pose, il faut supposer qu'une *action* soit intentée contre l'acheteur-possesseur. Cette action est normalement une action en revendication exercée par le véritable propriétaire contre l'acheteur qui possède en vertu d'un titre non transcrit. Mais ce peut aussi être une action en nullité ou en rescision exercée contre lui par le vendeur pour lui enlever la chose². Peu importe donc, que cette action soit personnelle ou réelle; quelle que soit sa nature, elle aura pour effet de réduire celui qui avait reçu livraison de la chose en vertu d'un acte non transcrit à la condition d'un possesseur du bien d'autrui.

198. — Remarquons d'abord que le titre n'est exigé ici, à la différence du juste titre requis en matière d'usufruct, que comme une *justification de la bonne foi*. Il ne

1. Baudry et Chauveau, n° 293; Planiol, Ripert et Picard, n° 172.

2. Aubry et Rau, t. II, § 206, p. 406; Baudry et Chauveau, n° 299; Planiol, Ripert et Picard, *op. cit.*, n° 181.

forme donc pas une condition distincte de la bonne foi, comme à propos de l'usucapion¹. Ainsi, le juste titre n'est exigé, en matière d'acquisition des fruits, que pour rendre la bonne foi légalement admissible et pour la justifier aux yeux de la loi.

Il en résulte que la loi n'exige pas que le possesseur soit régulièrement mis en possession en vertu d'un acte légalement translatif de propriété ; au contraire, il suffit qu'il ait *tenté d'acquérir la propriété* de la chose mise en sa possession. On comprend dans ce cas que, si ce titre était un acte non transcrit, la bonne foi de l'acheteur n'en serait pas moins justifiée ; le défaut de transcription ne suffit pas à le rendre inapte à justifier la bonne foi du possesseur. Celui-ci n'a pas, en effet, acquis la propriété en vertu de ce titre, mais il a cru pouvoir se considérer comme propriétaire de la chose. Or, c'est précisément à cause de cette *croissance excusable et plausible*, que la loi lui permet de garder les fruits. Il suffit que le titre soit de nature à inspirer au possesseur la légitime croyance qu'il est propriétaire², pour qu'il lui serve de juste titre à l'effet de lui faire acquérir les fruits. Peu importe que le défaut de transcription ait empêché la translation de la propriété de s'effectuer au profit de l'acheteur.

On pourrait nous objecter que le titre n'a opéré aucun transfert de la propriété et que, même pendant sa possession, l'acheteur n'était pas en droit de se croire propriétaire en vertu de ce titre. Cependant, il faut encore toute la subtilité du raisonnement juridique pour considérer le titre non transcrit comme inapte à justifier la bonne foi de l'acheteur. En fait, il y a bien encore quelque chose, une

1. Planiol, Ripert et Picard, *loc. cit.*

2. Baudry et Chauveau, n° 294.

apparence au moins d'un titre; le titre est vicié sans doute, affecté d'un vice très grave, mais il est cependant suffisant à établir la bonne foi de l'acheteur. D'ailleurs, rien n'empêche d'assimiler le titre non transcrit à un titre putatif ou entaché d'une nullité absolue, et si l'on admet que l'un ou l'autre de ces titres équivaut à un titre réel¹, on n'hésitera pas à étendre cette solution au titre non transcrit et, par conséquent, à lui donner l'effet d'autoriser la rétention des fruits.

199. — La bonne foi peut être basée aussi bien sur une erreur de droit que sur une erreur de fait; la loi ne distingue pas². La connaissance par l'acheteur de l'irrégularité de son titre n'est donc pas nécessairement constitutive de sa mauvaise foi. Il pourrait être considéré comme possesseur de bonne foi, s'il avait des raisons sérieuses de croire que la vente, faite par un acte non transcrit, serait postérieurement transcrite.

Ainsi, l'acheteur possesseur doit-il justifier de la raison qui l'a empêché de transcrire son titre, puisque il a commis une erreur de droit³. C'est à son adversaire, s'il veut obtenir la restitution des fruits, à prouver qu'il a négligé de transcrire, malgré sa connaissance de l'inefficacité de son titre non transcrit.

200. — Il nous reste à signaler une différence entre la bonne foi requise pour l'acquisition des fruits et celle requise pour l'acquisition de la propriété des immeubles.

Pour la prescription de cinq ans, l'adage *Mala fides super-*

1. Baudry et Chauveau, nos 301 et 313; Planiol, Ripert et Picard, nos 172 et 175.

2. Baudry et Chauveau, n° 310; Planiol, Ripert et Picard, p. 182.

3. C'est tout au moins la doctrine soutenue par d'éminents auteurs. V. Aubry et Rau, t. II, § 206, p. 411; Baudry et Chauveau, n° 315; Colin et Capitant, t. I, p. 932; Planiol, Ripert et Picard, p. 182.

veniens usucapionem nova impedit joue son rôle; ce qui fait que la bonne foi du possesseur n'est exigée qu'au moment de l'entrée en possession. Au contraire, la mauvaise foi survenant empêche le possesseur de faire les fruits siens, parce qu'il a cessé d'être de bonne foi; le motif de leur acquisition a donc disparu.

Le possesseur devient nécessairement de mauvaise foi depuis le jour où l'instance a été engagée; il n'a pu avoir de raison sérieuse et plausible de se croire encore propriétaire, après que des poursuites ont été dirigées contre lui. Il est ainsi obligé de restituer les fruits à partir du jour de la demande; la lenteur de la procédure ne doit pas nuire au demandeur¹.

1. Aubry et Rau, t. II, § 206, n° 24; Planiol, Ripert et Picard, n° 180.

LIVRE II

Etude de Certaines Difficultés Relatives à la Transcription de la Vente

201. Division. — Ce deuxième livre comprend l'étude de certaines difficultés pratiques qui peuvent surgir à l'occasion de la transcription d'un contrat de vente. Il sera divisé en trois titres.

Dans le premier, nous étudierons la théorie de la mauvaise foi dans la transcription; dans le second, les conflits entre les ayants cause de différents auteurs, qui ont trait à la transcription des actes successifs et à la préférence due à celui qui a transcrit le premier son acte de vente.

Nous supposons, dans ces études, qu'un contrat de vente ait été régulièrement transcrit et qu'on veuille, pour une raison ou une autre, attaquer cette transcription, l'annuler ou la considérer comme non avenue. Nous chercherons la solution qui donne à la règle de la loi son exacte portée d'application.

Le troisième titre aura pour objet l'étude de quelques variétés de ventes, des actes les plus usuels; vente à réméré, takarog ou cession de la part héréditaire, jugements d'adjudication.

Ce titre traitera des difficultés occasionnées par l'application de la nouvelle loi à ces différents actes en vue d'assurer leur publicité.

TITRE PREMIER

LA THÉORIE DE LA MAUVAISE FOI DANS LA TRANSCRIPTION

202. — Nous avons maintes fois l'occasion d'affirmer, que l'acheteur en vertu d'un acte non transcrit ne saurait triompher dans un conflit qui surgit entre lui et un acquéreur postérieur en date, mais qui a fait transcrire son titre.

D'après le système de notre loi tel que nous l'avons déjà exposé, un bien immobilier n'entre dans le patrimoine d'un acheteur qu'en vertu d'un acte transcrit. Ce bien reste dans le patrimoine du vendeur tant que l'acheteur n'aura pas transcrit sa vente. La conséquence en est que celui-là peut le revendre ou l'hypothéquer valablement à un tiers, lequel sera préféré au premier acheteur, s'il transcrit son acte de vente ou inscrit son bordereau d'hypothèque avant lui; et que même un créancier chirographaire du vendeur pourra prendre une affectation hypothécaire et être lui aussi préféré à l'acheteur s'il inscrit son affectation avant la transcription de la vente.

Mais on peut se demander s'il doit en être de même dans le cas où celui qui a pris la transcription ou l'inscription connaît l'existence de la vente antérieure.

Nous ne nous proposons d'étudier le cas d'une inscription hypothécaire prise avant la transcription de la vente¹ que quand cela est exigé par la matière que nous examinons.

1. V. Cass., 21 mai 1936, *Kh. Kh.* 6/231/79.

Ce qui nous intéresse, c'est le cas d'un second acheteur d'un immeuble, qui a transcrit son contrat avant le premier.

Nous examinerons successivement : 1^o les conséquences de la mauvaise foi du second acquéreur sur la transcription ; 2^o la répression de cette mauvaise foi¹.

1. V. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*. — Vigneron, *La fraude dans le transfert des droits*, thèse, Paris, 1923. — Grouber, *L'action paulienne*, thèse, Paris, 1913. — R. Savatier, *Des effets et sanction du devoir moral en droit positif français*.

En arabe. — Zohni Bey, *op. cit.*, p. 36 et s. — Salib Sami Bey, *op. cit.*, p. 30 et s. — Kamel Morsi Bey, *op. cit.*, p. 163 et s.

CHAPITRE PREMIER

CONSEQUENCES DE LA MAUVAISE FOI SUR LA TRANSCRIPTION

203. — La loi de 1923, nous l'avons déjà démontré, donne la préférence à celui des acheteurs successifs qui a le premier transcrit son titre. Cette solution, très juste en soi, peut donner lieu à tendre des pièges singulièrement dangereux pour la bonne foi d'un acheteur trop confiant.

Il s'agit ici de savoir s'il y a lieu de prendre en considération la bonne ou la mauvaise foi du tiers muni d'un acte transcrit, qui invoque contre le premier acheteur de l'immeuble le défaut de transcription de son acte de vente. Il est possible que, malgré l'absence de transcription, il ait connu l'existence de la vente antérieure; va-t-il pouvoir encore se prévaloir du défaut de cette formalité, pour primer et dépouiller le précédent acheteur? Celui-ci ne pourrait-il pas se défendre en demandant à prouver que son adversaire est de mauvaise foi, c'est-à-dire a eu connaissance de la vente précédemment conclue à son profit par leur auteur commun?

L'exemple le plus net est *le conflit entre deux acheteurs successifs*. Un acheteur, ne doutant pas de son vendeur, reste quelque temps sans transcrire son contrat. Mais cette confiance était mal placée, car le vendeur, désireux de réaliser une seconde fois le prix de l'immeuble, ou séduit par l'offre

d'un prix plus élevé que celui de la vente déjà consentie, vend une autre fois l'immeuble à une personne qui, connaissant l'existence de la première vente non transcrite, compte éliminer son adversaire par une transcription hâtive de son propre titre. Quel sera le sort de cette seconde vente ?

204. — On peut concevoir deux degrés de la mauvaise foi du second acheteur : tantôt il y aura eu une *simple connaissance* de la vente antérieure non transcrite, tantôt il y aura eu positivement entre le vendeur et le second acheteur une *entente consciente* pour frustrer de son droit le premier acheteur, au moyen d'une rapide transcription de la seconde vente. Quelle solution adopter pour ces deux degrés de la mauvaise foi ?

SECTION I. — LES TENDANCES DE LA JURISPRUDENCE
ET DE LA DOCTRINE FRANÇAISES.

205. — La bonne foi n'est pas exigée, par la loi du 23 mars 1855 chez le tiers qui oppose le défaut de transcription. Ainsi, en règle générale, entre deux acquéreurs successifs, celui qui a le premier transcrit son titre doit être préféré. Peu importe qu'il ait ou non une connaissance de l'aliénation antérieurement consentie. Cette solution est généralement acceptée, étant donné que l'article 3 de la loi de 1855 ne fait aucune distinction entre l'acquéreur de bonne foi et l'acquéreur de mauvaise foi. Si donc le tiers acquéreur a eu connaissance de la première vente, cette connaissance ne serait nullement nuisible à son acte.

206. — Mais il en est autrement lorsqu'il y a de la part du second acquéreur un *concert frauduleux* avec le vendeur pour dépouiller le premier acheteur. Dans ce cas, la Cour

de cassation a maintes fois déclaré inapplicable la règle de l'article 3 de la loi de 1855. Il en résulte que le second acquéreur qui a transcrit, ne pourrait pas, dans ce cas, opposer au premier acheteur le défaut de transcription de son acte d'acquisition.

La Cour suprême fonde cette décision sur le principe « *fraus omnia corrumpit* » en déclarant que *la fraude fait exception à toutes règles*. Mais, suivant certains auteurs, on peut justifier cette décision en s'appuyant sur la disposition de l'article 1382. Le second acquéreur, complice de fraude, dit-on, est déchu de son droit d'opposer le défaut de transcription, parce qu'il a commis *un délit*, dont il est tenu de réparer le dommage. Le premier acquéreur obtient comme réparation, dans notre hypothèse, le rétablissement des choses dans l'état où elles se trouvaient avant la transcription de la seconde vente¹.

207. — Les conséquences ne seront pas les mêmes suivant que l'on adopterait l'une ou l'autre de ces interprétations. Un *sous-acquéreur de bonne foi*, auquel le second acheteur revendrait l'immeuble, pourrait, s'il faut recourir à l'idée d'une obligation délictuelle, opposer au premier acheteur le défaut de transcription. Il n'en serait pas de même dans le cas contraire².

SECTION II. — LA SOLUTION EN DROIT ÉGYPTIEN.

208. — Dans notre droit, la solution n'est pas la même d'après les règles du Code civil et sous l'empire de la nouvelle loi.

1. Colin et Capitant, t. I, 8^e éd., p. 1002; Baudry et Barde, n° 396.

2. Planiol, Ripert et Picard, *op. cit.*, n° 654.

I. D'après les règles du Code civil.

209. — Avant la mise en vigueur de la loi de 1923 sur la transcription, le texte fondamental sur la matière était l'article 270/341 du Code civil qui disposait que : « A l'égard *des tiers qui sont de bonne foi*, qui ont un juste titre et qui ont conservé leurs droits dans les formes légales, la propriété n'est transmise, en ce qui concerne les immeubles, que par la transcription de l'acte de vente, etc...

Ainsi, pour pouvoir opposer le défaut de transcription et faire valoir, par conséquent, son titre, fallait-il que le tiers acquéreur qui avait conservé son droit par la transcription de son propre acte, soit de bonne foi.

210. — L'article exigeant ainsi d'une façon expresse *la bonne foi* de celui qui prétend se prévaloir du défaut de transcription, les tribunaux ont essayé, dans la mesure du possible, de l'appliquer toutes les fois qu'un acte de transfert de la propriété leur était dénoncé comme frauduleux. Mais il leur a été souvent difficile de trouver le sens exact de cette mauvaise foi, qui était prévue et réprimée par la loi.

Ce texte même a mis également les interprètes dans un cruel embarras quand ils se sont trouvés obligés de préciser le sens de cette mauvaise foi commise dans le transfert des droits.

211. — C'était, d'après une opinion soutenue par quelques arrêts de la Cour d'appel mixte¹, la non-sincérité de l'acte du deuxième acheteur, autrement dit, la *simulation*.

« Attendu qu'aux termes de l'article 341, le créancier qui oppose le défaut de transcription doit être de bonne foi,

1. V. 30 avril 1890, *B. L. J.*, 25, p. 406; 19 février 1896, *B. L. J.*, 8, p. 121.

mais en ce sens que son titre doit être sincère et non pas en ce sens qu'il doit avoir ignoré l'aliénation de l'immeuble.»

Mais cette opinion n'a pas prévalu. En effet, le but que s'est proposé le législateur du Code n'aurait pas été atteint, si on lui attribuait la pensée de vouloir seulement, en exigeant la bonne foi, distinguer suivant que l'acte du tiers était ou n'était pas simulé; qu'un acte simulé n'a aucune existence à l'égard des tiers, cela va sans dire¹. Or, il fallait chercher ailleurs, ce que le législateur avait voulu dire par cette condition de bonne foi.

212. — Ce fut, dans une seconde théorie, *l'ignorance* de l'aliénation précédente. De l'avis des quelques tribunaux², soutenus par un certain nombre d'auteurs³, l'acquéreur, qui n'avait pas transcrit, était admis à écarter le tiers qui invoque le défaut de transcription, en demandant à prouver que celui-ci avait eu par ailleurs connaissance de la première aliénation.

« Attendu qu'évidemment la bonne foi doit s'entendre non dans le sens de fraude qui donne lieu à l'action paulienne, mais, conformément au sens strict des termes, du simple fait que le second acquéreur connaissait l'existence de la première vente. »

Les partisans de cette opinion invoquaient l'article premier de la loi belge du 16 décembre 1851, qui est ainsi conçu :

« Tous actes entre vifs....., seront transcrits..... etc.

Jusque-là, ils ne pourraient être opposés aux tiers *qui auraient contracté sans fraude.* »

1. V. Elhellali Bey, *Les contrats*, t. I, p. 282, n° 453.

2. C. A. M., 11 mars 1915, *B. L. J.*, 27, p. 217; 2 déc. 1919, *B. L. J.*, 32, p. 37; C. A. du Caire, 4 mai 1905, *Alestekhlal*, 4, p. 526; 14 mai 1923, *Elmuhamah* 4/24/32.

3. Elhellali Bey, *op. cit.*, n° 455; Du Hults, t. IV, n° 129.

On entend en Belgique, disent-ils, par le mot *fraude* la connaissance pure et simple, par le second acquéreur, de la première aliénation. Or, cette interprétation devait être, *a fortiori*, admise sous l'empire du texte plus large de notre Code.

213. — Mais l'interprétation qui a prévalu dans la doctrine et la jurisprudence française n'a point été sans influence sur nos magistrats et nos auteurs.

1^o Il est difficile d'admettre, selon les partisans de cette dernière doctrine, que le législateur égyptien, qui, en matière de transcription, a édicté des règles beaucoup plus strictes que celles de la loi française de 1855, dont il s'était inspiré, ait voulu s'écarter des règles posées par cette doctrine et par cette jurisprudence; ce serait ébranler le crédit foncier de dire que la simple connaissance d'une précédente aliénation constitue le second acheteur en mauvaise foi, et aller ainsi à l'encontre du but du législateur, dont les efforts tendaient au contraire à le consolider¹.

2^o Il est de principe incontestable, ajoutent-ils, qu'à défaut de forme de publicité, requise par la loi pour le transfert de la propriété, on ne peut suppléer par des équivalents et encore moins par la preuve de la simple connaissance du tiers, sauf à démontrer collusion de celui-ci avec le vendeur pour frustrer le droit du premier acquéreur².

3^o Le but que le législateur s'est proposé en exigeant la transcription pour rendre les actes translatifs de propriété opposables aux tiers ne serait pas atteint, s'il était permis, relativement aux effets du défaut de transcription, de distinguer suivant que les tiers avaient ou n'avaient pas connaissance de l'aliénation non transcrite³.

1. Walton, t. II, p. 40; Cadémenos, *l'Egypte contemporaine*, 1919, p. 391.

2. Cadémenos, *op. cit.*, p. 415.

3. Cadémenos, *op. cit.*, p. 416; Helmi Issa Pacha, *La vente*, n^o 1173.

Ainsi, pour opposer son acte d'acquisition non transcrit à un acquéreur qui avait fait transcrire, le premier acheteur devait, d'après cette opinion, établir que le droit de propriété, dont le second acheteur se prévalait, aurait été le résultat d'un concert frauduleux organisé entre lui et le vendeur pour lui faire perdre le bénéfice de son acquisition. C'est cette opinion qui paraît avoir triomphé devant les tribunaux jusqu'en 1923¹.

II. Depuis la loi de 1923.

214. — Il nous reste maintenant à chercher la solution qui doit être donnée à cette question, d'après le nouveau principe de la loi de 1923.

Deux remarques préliminaires doivent être faites : D'abord l'article 270/341 a été abrogé par l'article 16 de cette loi. Ensuite, le législateur a fait disparaître l'expression de *bonne foi* de l'article premier, qui parle des actes translatifs de propriété ou constitutifs des droits réels immobiliers : « *A défaut de transcription, dit l'alinéa 2, les droits sus-visés ne seront constitués, transmis, modifiés ou éteints, ni entre les parties, ni à l'égard des tiers.* » Au contraire, l'article 2, qui traite des actes déclaratifs de droits de propriété ou autres droits réels immobiliers, reproduit cette condition de bonne foi : « *A défaut de transcription, dispose-t-il, les dits actes et jugements ne seront pas opposables aux tiers. Même transcrits, ils ne le seront pas davantage s'ils sont entachés de fraude.* »

Dans l'état actuel des textes, quel parti doit-on prendre ?

215. — Il faut d'abord mettre à côté une hypothèse non douteuse : celle où le second acheteur a eu simplement

1. V. les arrêts cités dans l'article du Doyen Morsi Bey, *op. cit.*, p. 167.

connaissance de la première vente. De l'avis commun de tous les auteurs, l'acheteur qui n'a pas transcrit n'est pas admis à prouver que celui qui a transcrit avait connu la vente conclue en sa faveur. La connaissance de la première vente par le tiers ne serait nullement nuisible à son acte.

Cette hypothèse de *l'absence de concert frauduleux*, d'ailleurs très rare en fait, peut très bien se réaliser lorsque l'aliénateur, en consentant la seconde vente, ignorait la première. Ce cas n'est pas invraisemblable. Voici comment il se présente en pratique.

Khalil, quelques jours avant sa mort, a consenti une vente de l'immeuble, cette vente n'a pas été transcrite; puis son héritier revend l'immeuble, ou le frappe d'une hypothèque au profit d'un tiers, mais dans l'ignorance complète de l'aliénation faite par le *de cujus*; le tiers, qui est un ami de celui-ci, a traité, au contraire, en connaissant cette vente.

Allons plus loin encore. Le concert frauduleux peut faire défaut même dans le cas où les deux contractants auraient agi en connaissance de cause. Ainsi le vendeur, pressé par le besoin ou cédant à une mauvaise tentation, a pu revendre l'immeuble; mais le second acheteur, par suite du silence du vendeur, a pu conclure la vente, en pensant que celui-ci s'était mis d'accord avec le premier acheteur pour résilier le contrat de ce dernier. Dans cette hypothèse, la mauvaise foi du vendeur ne saurait pas empêcher le second acheteur de bonne foi d'invoquer le défaut de transcription. La circonstance que ce dernier avait connu l'existence d'une première vente ne permet pas au premier acheteur de se prévaloir de cette connaissance pour rendre irrecevable l'exception du défaut de transcription invoquée contre lui. Il n'y avait pas eu collusion frauduleuse. Le second acheteur qui a transcrit son titre sera, sans aucune contestation,

préféré à celui qui a négligé de remplir cette formalité; et ce dernier devra subir la conséquence de sa propre négligence.

216. — La même solution doit être appliquée au cas où l'acquéreur, ayant traité en toute bonne foi, comme dans l'hypothèse précédente, a appris la fraude du vendeur avant la transcription de son acte, mais après la conclusion du contrat. La préférence lui appartiendra aussi dans ce cas, s'il fait opérer la transcription le premier. La loi, en effet, est dans l'impossibilité d'atteindre cette sorte d'indélicatesse réprouvée par la morale.

217. — Cette doctrine est acceptée sans contestation, nous l'avons déjà dit, par notre jurisprudence et par nos auteurs. La loi ayant prescrit de régler le conflit d'après la date de l'accomplissement de la transcription, doit ainsi protéger tous ceux qui ont, en traitant avec l'aliénateur, trouvé cette formalité non accomplie, même s'ils avaient eu connaissance, par ailleurs, de l'aliénation précédente : « La lutte des intérêts privés, dit l'illustre professeur Ripert¹, est inévitable et, dans une certaine mesure, légitime. L'égoïsme des mobiles est la règle dans le commerce juridique. Or, celui qui se préoccupe uniquement de la défense de ses intérêts sait très bien que ses actes peuvent nuire aux intérêts d'autrui. La connaissance de sa volonté ne peut suffire à vicier l'acte accompli. »

218. — Si nous supposons, au contraire, que l'acquéreur dont le titre a été transcrit le premier a participé à une manœuvre frauduleuse préparée par le vendeur, la question devient beaucoup plus délicate. C'est le cas d'une *entente frauduleuse entre le vendeur et le second acquéreur pour*

1. *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 310.

dépouiller le premier acheteur du bénéfice de son contrat par une transcription rapide.

A ne consulter que l'équité, celle-ci commande de sacrifier le second acquéreur de mauvaise foi au profit du premier acheteur, dont la bonne foi a été ainsi surprise. Celui qui a acheté l'immeuble, bien qu'il sût qu'il avait déjà été vendu à autrui, a sans doute commis un acte immoral et aidé intentionnellement à réaliser une injustice.

Mais, il y a aussi les termes précis de la loi et la volonté du législateur, qu'on ne peut négliger sans commettre une grande imprudence et s'exposer à des critiques impitoyables. C'est la stabilité, ainsi que l'efficacité, du nouveau système de crédit foncier qui est ici en jeu. Ne serait-il pas dangereux de se laisser entraîner par des considérations d'équité, si l'on ne risquait de faire écrouler ce grand monument érigé par le législateur ? Ne vaudrait-il pas mieux sacrifier les intérêts personnels, pour faire valoir l'intérêt commun ? Nous n'hésitons pas à le penser.

En effet, le législateur a donné à chaque acheteur le moyen de se protéger contre la mauvaise foi de son vendeur : il n'a qu'à faire transcrire son titre d'acquisition. S'il néglige de le faire ou s'il le fait tardivement, il a le plus souvent une faute à se reprocher. En tout cas, il a, par son fait, empêché le tiers de connaître son acquisition et doit supporter les conséquences de sa négligence.

Supposons même que le tiers ait connu, par ailleurs, la première vente ; cette connaissance n'était-elle pas accompagnée par sa connaissance que, d'après le principe de la loi, la vente qui n'a pas été transcrite manque d'une condition essentielle pour transmettre la propriété à l'acheteur et que le vendeur est resté le seul propriétaire de l'immeuble, avec lequel on peut valablement traiter ? Si la trans-

cription doit ainsi être envisagée comme une formalité substantielle et absolue pour la transmission de la propriété, il s'ensuit que la vente non transcrite reste inefficace à l'égard de tiers acquéreurs comme manquant d'un élément essentiel. Ce n'est pas la connaissance, *simple ou qualifiée*, que ce tiers aurait eu de la vente précédente qui donnerait à celle-ci cet élément substantiel qui lui manque pour pouvoir produire son effet translatif.

En effet, lorsque la loi a créé une mesure de publicité dans l'intérêt public, pour que l'aliénation produise tous ses effets, cette formalité essentielle ne saurait être suppléé par la connaissance, même frauduleuse, que les personnes, qui veulent se prévaloir de son absence ou de son inobservation, pourraient avoir de l'acte par d'autres moyens. Or, c'est précisément le cas ici; il s'agit d'une publicité prescrite dans l'intérêt de crédit public.

Le transfert de la propriété ne s'opère pas quand il n'y a pas eu transcription de l'acte de vente, il y a ici une règle de *protection du crédit*. La loi a voulu qu'il en fût ainsi, parce que le crédit l'exige. On n'a donc pas le droit d'admettre certaines exceptions au principe. Ce serait restreindre arbitrairement la portée de la loi et aller à l'encontre de son but. Faire de la transcription une simple présomption légale, c'est dénaturer complètement le but et la portée de la loi de 1923.

D'ailleurs, on ne peut pas parler de la mauvaise foi d'une personne qui invoque le bénéfice de cette disposition légale, qui déclare inexistant le droit de propriété qui ne s'est pas révélé aux tiers par la formalité de la transcription. « *Il n'y a pas fraude à profiler d'un avantage offert par la loi*; c'est au premier acquéreur à s'imputer à lui-même s'il n'a pas usé d'une égale diligence pour faire

transcrire son acte¹. » Il est, en effet, de principe que, s'il avait été fait par le même propriétaire deux ou plusieurs aliénations de même immeuble, celle qui aurait été transcrite la première accorderait régulièrement à l'acquéreur un droit de propriété opposable à tous et excluerait ainsi toutes les autres aliénations². Peu importe que celui qui, le premier, a rempli cette formalité légale ait participé à une fraude, il n'a pas à redouter l'éviction.

Telle est la volonté du législateur; et il avait de bonnes raisons pour donner cette solution. Exigeant la transcription dans l'*intérêt public*, il devait exiger avec rigueur, de faire de l'antériorité de la transcription, facile à constater par le registre, la seule cause de préférence entre deux acheteurs successifs du même immeuble. Permettre que cette antériorité cédât devant la preuve de la fraude du tiers, c'était ébranler l'institution même de la transcription, condition absolue du transfert de la propriété.

La transcription du premier contrat de vente est nécessaire pour que le premier acheteur acquière la propriété, le défaut de transcription a cet effet que la propriété ne lui est pas transférée, mais reste intégralement au vendeur. Ainsi, les tiers qui traitent avec le vendeur acquièrent-ils la propriété vis-à-vis de tous s'ils font transcrire leur propre contrat d'acquisition.

Une *présomption légale irréfragable*, résulte ainsi de notre système du transfert de la propriété. C'est la *présomption d'ignorance* résultant du défaut de transcription. Lorsque le premier acheteur n'a pas fait transcrire son acte, il y a une présomption légale que les tiers n'ont pas connu son

1. Ripert, *op. cit.*, 166.

2. Cpr. C. A. du Caire, 21 mars 1929, *Elmuhamah* 9/399/634.

contrat; c'est là une présomption irréfragable, qui n'admet pas la preuve contraire.

219. — Cette doctrine est renforcée par une seconde idée qui se rattachait à la question de *la preuve*.

Nous allons nous poser la question suivante : l'accomplissement de la forme de publicité prescrite par la loi pour l'acquisition et la transmission de la propriété ne rend-elle pas dangereuse, pour le mécanisme même de cette publicité, toute recherche dans la pensée et la volonté des aliénateurs et des acquéreurs? L'*acte* ne doit-il pas être séparé des *motifs* qui l'ont inspiré, du moment qu'il est régulièrement accompli? « Il est certain, nous enseigne le grand auteur savant, M. Ripert¹, qu'en perfectionnant le mécanisme de l'attribution ou de la cession des droits, le législateur, sacrifiant aux exigences du crédit public et de la bonne circulation des biens, veut permettre à tout homme d'agir en pleine sécurité. Il crée un *régime de légalité* qui restreint les pouvoirs du juge parce qu'il substitue à un principe juridique général des règles techniques précises. *Le législateur et le juge ferment délibérément les yeux sur l'intention de l'auteur de l'acte*; ils sacrifient peut-être la règle morale, mais ils le font sciemment et dans l'intérêt du crédit public. »

Qu'on ne soit donc pas étonné, si le législateur a voulu, en édictant l'article premier de la nouvelle loi, empêcher *sciemment* l'application du principe général; *Fraus omnia corrumpit* en matière de transfert des droits². Il a substitué à ce principe un mécanisme de publicité très précis, qui est la transcription, et a voulu négliger par conséquent la recherche de l'intention. Par ce régime de légalité, le légis-

1. V. Ripert, *op. cit.*, p. 343.

2. *Contra* : C. A. du Caire, 17 juin 1934, *Elmuhamah* 15/271/569.

lateur a entendu couper court « aux questions relatives à la bonne ou à la mauvaise foi ».

« C'est en vain, ajoute la note explicative, qu'on essaierait d'invoquer, en sens contraire, les raisons de l'équité et de la bonne foi contractuelle. En effet, il incombe à l'acquéreur la charge de remplir la formalité de la transcription, pour porter son acquisition à la connaissance du public. »

Le législateur préfère ainsi un bon mécanisme juridique du transfert des droits à l'appréciation par le juge de la bonne foi des parties en cause. En effet, il sera très difficile de démontrer la fraude du second acquéreur. La présomption de bonne foi que la loi érige en sa faveur est ici corroborée par l'accomplissement de la formalité légale. Il se donne ainsi facilement l'apparence de l'innocence et peut toujours incriminer l'abstinence fautive du premier acheteur. « Celui-ci, dira le second acquéreur, ne me fait pas connaître par sa négligence l'existence de son droit; il m'a conduit à commettre une faute dont la réparation lui incombe; or, sous forme de réparation, on ne doit plus lui permettre de se prévaloir de son titre à mon encontre. »

220. — Que ceux qui veulent permettre au premier acheteur de prouver la mauvaise foi du second acquéreur, veuillent bien nous expliquer en quoi consiste sa mauvaise foi. Elle consiste dans sa fraude et non pas dans sa connaissance de l'aliénation précédente, nous répondent-ils¹. Or, est-il permis de croire que *la différence entre ce qu'on appelle le concert frauduleux et la connaissance frauduleuse* soit nettement marquée. N'est-il pas très difficile d'imaginer un acquéreur traitant avec le vendeur en sachant qu'il

existe une vente antérieure à la sienne, sans qu'il y ait entre lui et le vendeur un concert frauduleux ? Nous pensons qu'il y a fraude de la part d'un individu qui acquiert, en pleine connaissance de cause, bien que son auteur ait déjà valablement vendu, en comptant sur une transcription hâtive pour rendre inefficace le contrat du premier acheteur. Or, va-t-on encore annuler l'acquisition de celui qui a traité en ne respectant pas le contrat non transcrit dont il connaissait l'existence ? Nous ne saurions le penser. On nous concède facilement que ce serait paralyser l'application de la loi et rendre lettre morte ses principales dispositions.

Ainsi, on le voit, cette distinction entre le concert frauduleux et la simple connaissance frauduleuse, proposée par les partisans de la doctrine contraire, s'évanouit quand on cherche à la réaliser en pratique. En effet, comment supposer un second acheteur qui sait qu'il y a une première aliénation, mais qu'elle n'est pas transcrite, allant trouver le vendeur et obtenant de lui une nouvelle aliénation, sans supposer du même coup entre eux une entente pour dépouiller le premier acquéreur ? Distinguer entre la simple mauvaise foi du second acheteur et le concert frauduleux, c'est poursuivre le vide, car cette mauvaise foi s'unit nécessairement, dans la seconde vente, à celle du vendeur qui viole son engagement, et telle conjonction, qu'est-ce donc, sinon une entente frauduleuse ?

Que nos adversaires, nous les prenons pour juges, méditent un peu sur l'inconséquence de leur système. Ils vont constater, et le sort déplorable qu'il donne au système de publicité, et l'embarras cruel dans lequel il met les juges s'ils devaient y adhérer.

Nous aimons à penser que cette innovation du régime du transfert de la propriété réalisera les brillantes espé-

rances qu'elle a fait naître : « On ne saurait nier ni tenter d'arrêter le mouvement qui, dans l'intérêt du crédit public, pousse le juge à se fier ainsi à la régularité des formes plutôt qu'à la pureté des intentions. *Le sacrifice de la règle morale peut être accepté, si on sait que l'on fait délibérément sacrifice*¹. »

221. — L'équité, nous en avons grand souci; mais nous avons plus de souci de la loi, car en dehors d'elle, il n'y a qu'arbitrage, et les jugements des hommes sont si divers que rien n'est plus variable que l'idée qu'ils se font de l'équité. D'ailleurs, s'il est choquant de voir une personne acheter en fraude l'immeuble déjà vendu et priver ainsi le premier acheteur du pouvoir de s'attribuer la propriété, il y a une autre hypothèse où la solution contraire, soutenue par Zohni Bey, donnera des résultats contraires à l'équité.

Supposons, par exemple, que le second acheteur ait transcrit le premier, puis ait conféré des droits sur l'immeuble : il l'a hypothéqué à un créancier dont la bonne foi est inattaquable et qui se met en règle avec la loi en prenant immédiatement inscription. Si on permettait au premier acheteur, qui n'a pas transcrit, d'opposer au second acquéreur qu'il s'était entendu avec le vendeur pour le frustrer de son droit, le résultat, lorsque le premier acheteur obtiendrait gain de cause, serait d'évincer le second acquéreur à cause de la nullité de son contrat. Ainsi voilà l'hypothèque constituée par celui-ci qui se trouverait conférée *a non domino* et, par conséquent, nulle d'une nullité absolue. Or, est-il équitable de sacrifier le créancier hypothécaire diligent et de bonne foi, qui ne pouvait, en aucune façon, connaître la première vente, puisqu'elle n'avait pas été

1. Ripert, *loc. cit.*

transcrite, au profit d'un acheteur négligent, coupable de la faute de n'avoir pas transcrit plus tôt? Iniquité pour iniquité, nous préférons celle que la loi s'est résignée à tolérer en vue de l'utilité générale.

A cette solution arbitraire dont l'équité apparente peut séduire dans certains cas, mais qui, dans d'autres, conduit à des conséquences aussi injustes que celles de la loi, nous préférons la solution qui réalise le but de la loi.

222. — Mais M. Zohni Bey, l'unique défenseur de la doctrine contraire, ne s'arrête pas là; les besoins de sa cause le conduisent à formuler une théorie bien singulière sur le transfert de la propriété par la transcription. Selon lui, « *le vendeur, avant toute transcription, cède les apparences de la propriété; il ne lui en reste que la pure considération.* Ainsi, ces apparences ont-elles été transmises à l'acheteur, qui ne lui manque que cette considération¹. »

Si nous ne nous trompons, notre illustre adversaire veut dire par là, non sans une certaine répugnance, que trahit la formule énigmatique dont il s'est servi, que « *la transcription n'est que la preuve du transfert de la propriété*, dont les apparences se trouvent déjà transmises à l'acheteur par l'effet du contrat ». C'est la partie la plus considérable de son intéressante plaidoirie.

Ne fût-ce qu'une question de mots, elle vaudrait la peine d'être discutée dans l'intérêt de la vérité scientifique, mais elle n'est pas dénuée d'intérêt pratique, et c'est une raison de plus de l'examiner avec soin.

L'article premier de notre loi ne peut laisser aucun doute: « A défaut de transcription, édicte-t-il, les droits sus-visés

1. V. son article, *Elmuhamah*, 6, p. 622 et s. V. aussi : Zakazik, 20 déc. 1928 (Pres. Zohni Bey), *Elmuhamah* 9/413/654 (dans le même sens).

ne seront constitués, transmis, modifiés ou éteints, ni entre parties, ni à l'égard des tiers.

« *Les actes non transcrits ne créeront que des obligations personnelles entre parties.* » C'est donc la transcription qui transfère la propriété et le vendeur reste, jusqu'à la transcription, investi de la propriété entière, aussi bien de ses apparences que de ses attributions; la chose n'a jamais été entendue autrement. « En vérité, dit M. Bernardi¹, qui a, dès l'origine, pris part à tous les travaux préparatoires de notre loi, pour sauvegarder les raisons de l'équité, ne suffirait-il pas de disposer dans la loi que les actes non transcrits n'auront que la valeur de simples promesses entraînant l'obligation d'exécuter le transfert de la propriété, sous peine de dommages-intérêts, mais sans que le transfert soit opéré de plein droit, même entre parties? Ne doit-on pas reprocher, à la partie qui a intérêt à ce que le transfert soit opéré de n'avoir pas procédé à la formalité de la transcription? Et quant à la contre-partie, *toutes les fois qu'il n'y a pas opposition d'un tiers*, n'est-elle pas invitée par son propre intérêt à exécuter le transfert, plutôt que de payer l'indemnité? »

Mais c'est surtout la note explicative du projet qui fait ressortir le principe que *la transcription seule transfère la propriété, opère dessaisissement et arrête le droit de disposer du vendeur*; ce principe apparaît même avec une telle évidence qu'on s'explique à peine qu'il ait pu être ainsi méconnu. « Il importe, *dans un intérêt général*, d'assurer la publication des transactions immobilières, par une sanction plus rigoureuse que la simple inopposabilité de l'acte aux tiers; il importe d'exiger la transcription comme une condi-

1. *L'Egypte contemporaine*, op. cit., p. 200.

tion absolue du transfert de la propriété et des droits réels immobiliers, aussi bien vis-à-vis des tiers qu'entre parties. »

Ainsi, plus de doute, le vendeur reste propriétaire et capable d'aliéner tant que la transcription n'aura pas été opérée¹. Le contrat de vente reste, jusqu'à l'accomplissement de cette formalité *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*; il ne saurait être opposé aux tiers. La vente est valable entre les parties dès qu'elles sont d'accord sur la chose et sur le prix, mais elle n'existe définitivement qu'après avoir été transcrite; jusque-là elle est sans effet à l'égard des tiers.

La loi de 1923 a donc fait dépendre le transfert de la propriété de la formalité de la transcription. On ne peut nier qu'il y ait là un élément très utile de publicité de faire consister le transfert de la propriété dans des *faits extérieurs et sensibles*, de telle manière que l'on peut affirmer que celui-là est propriétaire qui n'a pas cédé sa propriété par un acte transcrit. C'est une garantie considérable pour le crédit foncier, celui qui traite ainsi avec le vendeur, n'a pas à craindre d'être évincé par un précédent acheteur qui n'a pas transcrit et qui doit, par conséquent, être présumé inconnu de lui. M. Zohni Bey a substitué sa propre création à celle du législateur. La sienne est ingénieuse et fait honneur à son esprit d'invention, et on concevrait une loi faite d'après cette idée; mais, comme interprétation de la loi existante, elle ne saurait être admise. Elle ne repose, en effet, sur rien. Il n'y a pas trace, ni dans la loi de 1923, ni ailleurs, de ces *apparences de propriété* qu'il attribue à l'acheteur qui n'a pas transcrit; la propriété n'est transférée que par la transcription.

1. Cpr. C. A. M., 3 janv. 1928, *B. L. J.*, 40, p. 116.

Concluons donc que, l'effet de la transcription est que, du moment qu'elle est accomplie, l'acquéreur devient propriétaire incontestable, sans pouvoir jamais être troublé pour des causes postérieures à cette même transcription ou pour des causes antérieures dont l'existence ne lui a pas été révélée par cette formalité. Quelle que soit la mauvaise foi du second acheteur, la preuve de cette mauvaise foi n'a pas d'effets sur le transfert de la propriété et il n'y a pas lieu, par conséquent ni de tenir compte de la simple connaissance ni de la connaissance qualifiée.

223. — On se récrie et on nous répond par un raisonnement par l'absurde. Quoi ! nous dit-on, est-il possible que la loi ait envisagé la fraude comme un vice de transcription, la rendant inopposable aux tiers, en ce qui concerne *les actes déclaratifs de la propriété* visés par l'article 2, sans vouloir agir de même en ce qui concerne les actes plus graves visés par l'article 1^{er}, à savoir, les actes translatifs de la propriété ? Et puisque cette condition de fraude subsiste dans la loi, d'où vient qu'on la destitue de toute efficacité dans les actes translatifs ? Pourquoi l'article 2 exige-t-il la bonne foi, tandis que l'article 1^{er} en dispense ?

Pourquoi ? Pour une raison bien simple que les rédacteurs de la loi n'ont pas manqué de nous expliquer de la façon la plus précise. C'est que, dans le cas de l'article 2, les actes déclaratifs de propriété ne sont pas considérés comme non existants, par cela seul qu'ils n'ont pas été transcrits, mais seulement comme *inopposables aux tiers* ; ainsi ces actes gardent-ils leur valeur intrinsèque de reconnaissance formelle d'un droit préexistant. Il s'ensuit que, dans le cas de l'article 2, l'aliénation, qui avait été transcrite, serait consentie par un faux propriétaire au préjudice du véritable propriétaire ; tandis que dans le cas de l'article 1^{er},

elle serait consentie par le propriétaire au préjudice de celui qui n'a sur l'immeuble qu'un droit de créance. « Cette *différence de nature*, dit la note explicative, qui entraîne une différence dans les conséquences de la non transcription de l'une ou de l'autre catégorie d'actes et jugements, explique la nécessité de deux articles séparés. » Elle explique également la cause de l'exigence de la bonne foi dans un cas et de son inutilité dans l'autre¹; à chaque acte, le traitement qui convient à sa nature.

Ainsi, ce n'est point nous, assurément, qui nierons l'influence de la raison du droit dans l'interprétation des lois; nous nous inscrivons en faux contre nous-même, si nous protestions contre la logique des principes. Nous nous proposons, au contraire, d'éviter de mutiler les textes au point de les rendre méconnaissables et de protéger les principes de la loi au point de les rendre inattaquables.

Ainsi, à notre avis et dans notre conviction, rien ne peut suppléer la transcription de l'acte de vente. C'est en vain que le premier acheteur invoque la mauvaise foi de celui qui a fait transcrire avant lui; cette circonstance ne le met point à couvert contre sa propre négligence.

224. — La Cour suprême, dans un arrêt très récent, n'a pas hésité à consacrer cette doctrine : « Dans le cas où le second acheteur a pris la diligence de transcrire son titre avant le premier acheteur, dit la Cour, la propriété lui sera définitivement acquise; même s'il avait eu entre lui et l'aliénateur un *concert frauduleux* pour dépouiller le premier

1. V. C. A. du Caire, 25 déc. 1928, *Elmuhamah* 9/50/75; C. A. d'Assiout, 17 déc. 1930, B. O. 32/14/29 (Chambre composée des : Sayed Ahmed Pacha (Prés.), Osman Youssef Bey et Zohni Bey). Cet arrêt qui confirme notre doctrine est très significatif, à cause de la présence de Zohni Bey, le grand animateur de la doctrine contraire à la Cour. Sa présence n'a pas moins permis à notre thèse de triompher.

acheteur. Alors, celui dont le contrat n'a pas été transcrit et à qui, par conséquent, la propriété n'a pas été transmise, ne saurait prétendre à aucun droit réel opposable à celui qui a acquis la propriété de l'immeuble, par la transcription de son titre. Aussi, l'acheteur, qui n'a pas fait transcrire son contrat, ne serait-il pas recevable d'opposer à cet acquéreur ni la mauvaise foi ni le concert frauduleux¹. »

1. V. Cass., 12 déc. 1935, *Kh. Kh.* 6/630/16. V. aussi C. A. du Caire, 2 avril 1930, *Elmuhamah* 10/354/713.

C'est un arrêt très intéressant à cause du caractère flagrant des faits sur lesquels la cour devait se prononcer.

Il s'agit d'une personne qui a intenté une action en préemption contre un acheteur dont l'acte n'avait pas été transcrit ; au cours du procès, elle a déclaré avoir renoncé à sa demande. Puis, elle a acheté le même immeuble et a fait transcrire son acte d'achat avant la transcription de l'acte de son adversaire. Celui-ci a intenté une action en nullité de la vente faite à l'ex-préempteur, comme ayant été le résultat d'une entente frauduleuse entre lui et le vendeur pour le dépouiller de son droit. Le demandeur s'est appuyé évidemment sur les circonstances que nous venons d'indiquer. Cette demande en nullité était-elle ou non fondée ? La Cour dit que ces circonstances « ne rendent pas moins valable le contrat transcrit et ne lui donnent pas moins la priorité sur le contrat du premier acheteur, qui ne lui a pas transféré la propriété faute de transcription. L'introduction de l'action en préemption, suivie de la renonciation, ne change rien au fond du litige, qui est de savoir la valeur intrinsèque de chaque contrat. »

CHAPITRE II

SANCTIONS DE LA FRAUDE DANS LE TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ

225. — Il s'agit maintenant de savoir quelles sont, en dehors de l'annulation, les sanctions que peut encourir la fraude résultant du fait de la vente consentie à un tiers et transcrite avant la transcription de la vente du premier acheteur. Nous allons envisager les sanctions que l'on peut appliquer, d'abord au vendeur, ensuite au second acheteur.

226. — Mais, avant d'entrer dans les détails de cette discussion fort délicate, mettons à part une hypothèse bien simple et, cela même, indiscutable : c'est celle de la *simulation* de la vente consentie au deuxième acheteur. Dans ce cas, le premier acheteur, comme tout autre intéressé a le droit, pour établir les faits prouvant cette simulation, d'employer tous les moyens de preuves¹. En effet, il s'agit dans ce cas d'établir l'existence de faits dont le demandeur n'a pas pu se procurer la preuve littérale.

Il importe aussi de faire, à ce propos, les deux remarques suivantes : D'abord le jugement qui déclare la simulation profite à tous les créanciers, même à ceux qui n'étaient pas parties dans l'instance. En effet, ce jugement a pour effet de faire rentrer dans le patrimoine du vendeur le bien qui en

1. V. C. A. M., 15 avril 1924, *B. L. J.*, 36.

était sorti par l'aliénation simulée; il sera ainsi soumis au *droit de gage général* de tous les créanciers. Ensuite, ce même jugement ne produit-il aucun effet contre un *sous-acquéreur de bonne foi*, étant donné la règle que les contre-lettres ne peuvent avoir d'effet qu'entre les parties, elles n'ont point d'effet à l'égard des tiers. Or, dans l'action en déclaration de simulation, cette qualité de tiers doit être reconnue à la fois aux créanciers et aux sous-acquéreurs de bonne foi¹, c'est-à-dire ceux qui avaient traité avec le second acheteur en ignorant le vice de son acte d'acquisition. La nullité de cet acte ne préjudicie pas aux tiers de bonne foi (art. 197 C. civ. m.).

227. — Cette hypothèse mise à part, nous allons nous demander, et cette question est très délicate, si l'*action paulienne* peut être exercée par l'acheteur d'un immeuble qui n'a pas transcrit son titre, contre celui qui a acquis le même immeuble en vertu d'un contrat valable, qui a été transcrit.

Que le premier acheteur qui a *déjà payé le prix* de l'immeuble au vendeur, puisse intenter l'action en révocation de la seconde vente, pour s'assurer du remboursement de la somme payée, en n'invoquant que sa qualité de *simple créancier* de l'aliénateur, nous le concédons. Mais, pour que le premier acheteur triomphe dans l'action en révocation, il lui faut, comme tout créancier, prouver que la seconde vente dont il demande la révocation a rendu le vendeur débiteur insolvable ou a augmenté son insolvabilité, que celui-ci a eu connaissance de ce résultat² et que le tiers acquéreur en a eu également connaissance. Cette

1. V. Baudry et Barde, *Les obligations*, n° 740.

2. V. Elhelali Bey, *Les contrats*, p. 297, n° 469.

solution est incontestable. En effet, le premier acheteur ne se prévaut pas de sa qualité d'acheteur contre le second acquéreur, mais de sa qualité de créancier. Or, la loi lui donne à ce titre le droit de faire annuler les actes faits en fraude de son droit (art. 143/204). L'action paulienne est donc possible, dans ce cas, contre le second contrat d'acquisition, mais pour qu'elle réussisse, il faut que toutes les conditions ordinaires voulues soient réunies.

228. — Par contre, cette action présente, dans tous les autres cas, des inconvénients pour le crédit public. Il est même impossible de l'admettre en matière de transcription, parce que son admission amènerait à *confondre la protection des droits réels avec la protection des droits personnels*.

La loi a, en effet, fait de la transcription une condition indispensable pour transférer la propriété des immeubles et pour donner aux actes concernant ce transfert l'efficacité à l'égard de n'importe quel tiers. Ainsi, c'est la transcription qui confère à l'acheteur un titre de préférence contre ceux qui prétendent avoir acquis des droits sur l'immeuble. En d'autres termes, la vente non transcrite est, comme nous l'avons déjà affirmé, inexistante à l'égard des tiers. Et cela résulte clairement des alinéas 2 et 3 de l'article 1^{er} de la loi. Comment, dès lors, concevoir qu'une personne qui n'a pas transcrit son acte vienne opposer au second acquéreur, sa qualité d'acheteur pour attaquer son contrat !

Raisonnons sur l'*hypothèse de deux ventes successives* : Supposons que le vendeur, au moment de la vente faite au mépris du contrat qui le liait, ait été de mauvaise foi. Supposons, en même temps que l'acquéreur acquière le bien antérieurement vendu à un autre en connaissance de cause.

On est ainsi en présence d'un acte frauduleux et d'un tiers acquéreur complice de la fraude du vendeur. Peut-on permettre, dans un cas pareil, au premier acheteur qui n'a pas transcrit, de prouver la fraude du vendeur et la complicité du tiers acquéreur, pour obtenir l'annulation de cette aliénation?

Pour intenter l'action paulienne, l'acheteur devrait justifier de sa qualité de créancier de l'immeuble, puisque le préjudice qu'il allègue, c'est sa *privation de l'immeuble et non pas seulement la privation d'une somme d'argent* : il serait ainsi forcé d'invoquer son contrat et cependant celui-ci n'ayant pas été transcrit, n'existe pas à l'égard des tiers. Comment sortir de cette impasse autrement qu'en reconnaissant l'impossibilité de l'action paulienne en cette matière? C'est ce que nous n'hésitons pas à proclamer. En effet, la vente, étant inexistante au regard des tiers en l'absence de transcription, l'acheteur ne saurait pas invoquer ni son contrat ni sa qualité d'acheteur à l'égard du tiers acquéreur.

Remarquons, une fois de plus, que le texte de l'art. 1^{er} ne donne à l'acte non transcrit que l'effet de produire des obligations personnelles entre les parties. Or, des conventions de cette nature ne peuvent pas être opposées aux tiers (art. 142/203 C. civ.).

Ainsi, comme le vendeur reste, malgré le contrat de vente, propriétaire de l'immeuble, objet de ce contrat, et l'acheteur n'acquiert sur cet immeuble aucun droit réel, même conditionnel, il est évident que, dans le contrat de vente, l'acheteur ne puise contre l'acquéreur du chef du vendeur aucun principe d'action. Le droit de suite suppose l'existence d'un droit réel. L'acheteur, avant qu'il ne fasse transcrire son titre, n'a qu'un droit de créance, et ce

droit personnel ne peut plus se transformer en droit réel, parce que le bien vendu n'appartient plus au vendeur. Quant au contrat de vente, envisagé comme un contrat créateur d'obligations personnelles, ce contrat lie évidemment les parties, mais il est inefficace à l'égard des tiers. Or, le second acheteur n'étant qu'un tiers en ce qui concerne le contrat du premier acheteur, ne peut se voir opposer le droit personnel de l'acheteur en vertu d'une vente non transcrite; cette vente est pour lui *res inter alios acta*. Il est donc devenu définitivement propriétaire de l'immeuble par la transcription.

D'ailleurs, la nature juridique de l'action paulienne qui est une *action personnelle*, répugne à ce qu'elle soit employée dans notre hypothèse. En effet, lorsqu'une personne se prévaut d'un droit personnel, l'effet auquel l'admission de sa demande aboutit ne doit priver directement le défendeur d'aucun droit réel. Ainsi l'admission de la demande d'une personne qui puise le principe de son action dans un délit du fait duquel elle a subi un préjudice, n'aurait pour effet que de le transformer d'un simple créancier de l'auteur du délit en un créancier muni d'un titre exécutoire. Le défendeur n'est directement atteint dans aucun droit réel qu'il possède. Or, la recevabilité de l'action paulienne dans notre hypothèse aboutirait à priver le second acquéreur de son droit de propriété, à cause de l'annulation de son acte d'acquisition.

Il me semble utile de reproduire ici le passage extrait d'un arrêt de la Cour de cassation italienne¹ sur ce point : « C'est en invoquant les principes de l'action révocatoire, dit la Cour, que son inadmissibilité est encore plus mani-

1. *L'Egypte contemporaine*, 1918, p. 408 et s.

feste. Il est certain et accepté par tous qu'elle n'est pas une action en nullité. Le premier acquéreur, par l'action paulienne, n'agirait pas comme propriétaire, mais comme créancier, il pourra tout simplement obtenir le remboursement de sa créance. Or, on ne conçoit pas comment on pourrait admettre une action par le moyen de laquelle on ne saurait atteindre le but que la partie qui l'invoque se propose d'obtenir. Raisonner ainsi, cela s'appelle dénaturer et la nature de l'action paulienne et le but de cette action, laquelle est incontestablement une action *personnelle, subsidiaire et relative*, accordée aux seuls créanciers lésés pour leur permettre de réparer le préjudice qu'ils ont subi ».

On peut donc conclure, à la lumière de ce qui précède, que, si le vendeur, au mépris de son engagement, vient à revendre l'immeuble à un tiers, qui est devenu régulièrement propriétaire de l'immeuble par la transcription de son acte d'acquisition, le premier acheteur ne saurait se prévaloir contre celui-ci du droit personnel créé à son profit en vertu de la vente non transcrite, pour s'attribuer la propriété de l'immeuble en annulant l'acte transcrit comme ayant été fait au préjudice de ses droits. L'article 143/204/1167 ne saurait être appliqué dans ce cas. L'action paulienne ne doit pas aboutir, même indirectement, à conférer au demandeur un droit réel, elle n'a pour effet que de rendre possible l'exercice du droit de gage général des créanciers en levant l'obstacle qui s'opposait à la saisie et à la vente de ces biens sur le tiers acquéreur¹.

229. — Quelles seront donc les sanctions de la mauvaise foi dans le transfert de la propriété? Nous allons envisager

1. V. Aubry et Rau, t. IV, 5^e éd., p. 234.

ces sanctions au point de vue, d'abord, du vendeur, ensuite du second acheteur.

230. — I. Au point de vue du vendeur.

Il est difficile de nier la solution très simple que, s'il y a eu une vente consentie par le vendeur, dans l'intervalle entre la conclusion d'une première vente et l'accomplissement de la transcription de ce contrat par le premier acheteur, cette vente constitue une violation du contrat primitif et donne lieu à *des dommages-intérêts* au profit du premier acheteur. Cette solution est tellement irrésistible que personne n'a songé à la contester. Il n'aurait été permis à une personne qui s'est liée par un contrat, d'anéantir ce contrat à sa volonté par des conventions faites avec des tiers de mauvaise foi, et de rendre ainsi impossible l'exécution des obligations imposées par son engagement.

231. — Aussi, est-il essentiel de noter que les dommages-intérêts sont dus par le fait seul de la vente consentie à autrui et sans tenir compte de la *substitution du second acheteur au vendeur*. Nous voulons dire par là, que la déclaration de l'acquéreur de respecter toutes les clauses contenues au contrat de vente du premier acheteur, ne met pas obstacle à la responsabilité du vendeur. Celui-ci ne peut, pour se soustraire aux conséquences de la violation de contrat du premier acheteur par la seconde vente, se prévaloir de ce qu'il a fait connaître à l'acquéreur l'engagement dont il était tenu vis-à-vis de l'acheteur qui n'a pas transcrit, en lui imposant l'obligation de s'entendre comme il le voudrait avec celui-ci.

En effet, il faut convenir que, si l'on s'en tient à un coup d'œil superficiel, on peut arriver à une pareille conclusion. De quoi, dit-on, se plaint l'acheteur primitif, du moment

que l'acquéreur reconnaît son droit, et se déclare prêt à exécuter la vente à lui faite en lieu et place du vendeur ?

Mais, cette appréciation hâtive ne résiste pas à un examen plus attentif. Il suffit, pour cela, d'apercevoir que ce système s'analyse en une *substitution de débiteur*. Or, cette substitution du débiteur n'est pas possible sans l'agrément du créancier. La transmission des dettes, à titre particulier, autrement dit la cession des dettes, n'est admise ni dans notre droit ni dans le droit français. Il n'y a aucun doute sur ce point, tout le monde en convient¹. Il est, en effet, extrêmement rare qu'un débiteur soit l'équivalent parfait d'un autre débiteur et ainsi la résistance du créancier au changement du débiteur paraît parfaitement justifiée.

Concluons donc que la violation de contrat de vente ne saurait être corrigée par l'insertion, dans le second contrat, d'une clause transportant l'engagement sur la tête du second acheteur. Cette clause est inopérante. C'est au premier acheteur de décider ou d'en profiter, ou de la refuser. Elle ne peut donc servir à paralyser l'action en dommages-intérêts qu'il est en droit d'intenter contre le vendeur qui a violé son engagement.

Aussi, le vendeur ne peut-il, à aucun point de vue, se prévaloir du défaut de transcription du contrat où il a été partie, et il ne peut se libérer des conséquences de son propre fait en invoquant l'omission d'une formalité qui n'a pas été établie en sa faveur.

232. — Mais le vendeur pourrait-il être poursuivi comme *stellionataire*, pour avoir vendu deux fois le même immeuble ou dissimulé sa première obligation ?

1. Aubry et Rau, t. IV, p. 361 et s., § 324, notes 39-42; Baudry et Saignant, n° 750, t. I, p. 680.

Le stellionat peut être positif ou négatif :

1^o Il est positif, lorsqu'on vend ou qu'on hypothèque un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire (art. 293/302 al. 3 C. pen.);

2^o Il est, au contraire, négatif, lorsqu'on présente comme libres des biens hypothéqués, ou qu'on déclare des hypothèques moindres que celles dont ces biens sont chargés..

Supposons maintenant, qu'un immeuble ait été vendu, par le même vendeur à deux acheteurs successifs; et, pour que le problème se présente, il faut aussi supposer que l'un d'eux, le dernier en date, ait fait transcrire son titre le premier; puisque si tous les deux n'avaient pas transcrit leurs actes d'acquisition, la question de savoir si le vendeur est ou non coupable du délit de stellionat ne se poserait point, car ni l'un ni l'autre n'auraient acquis la propriété. Ainsi, le premier acheteur pourrait toujours s'attribuer la propriété de l'immeuble en transcrivant son titre.

Cette éventualité mise à part, revenons à notre hypothèse : le second acheteur postérieur en date a fait transcrire son titre le premier. Le vendeur pourra-t-il être traité comme un stellionataire? Nous croyons la négative bien fondée. Le vendeur reste légitime propriétaire jusqu'à la transcription; il a donc vendu sa chose; il n'y a pas eu stellionat par conséquent. A la vérité, le vendeur demeure, tant que la première vente n'est point transcrite, propriétaire au regard de tous; il ne sera donc point permis de le traiter comme stellionataire. La loi, en effet, n'envisage le stellionat que contre le vendeur d'un bien *dont il n'avait ni la propriété ni un pouvoir de disposition*. Or, le vendeur, avant la transcription de la première vente, reste investi et de la propriété de l'immeuble et du pouvoir d'en disposer.

Les dispositions de la loi sur le stellionat étant rigoureuses et pénales, doivent être strictement renfermées dans les termes de la définition qu'elle en donne.

Cette solution est si naturelle, si sage et si utile, qu'on la retrouve partout rappelée, exposée, justifiée et presque unanimement acceptée par les éminents auteurs qui ont traité la question. « Lorsque, dit le judicieux interprète du droit pénal Ahmed Amin Bey¹, le premier acheteur n'a pas fait transcrire son contrat, et que le vendeur a revendu l'immeuble à un second acheteur, lequel a fait transcrire son contrat, celui-ci en demeure propriétaire par la transcription. Le vendeur ne serait pas coupable dans ce cas, car la première vente non transcrite n'a point fait sortir la propriété de son patrimoine et il était ainsi considéré comme légitime propriétaire de l'immeuble vendu au moment de la passation de la seconde vente. Or, s'il en avait disposé une seconde fois, il aurait disposé de ce qui lui appartenait, et, par conséquent, il ne sera pas passible de la peine imposée par l'article 293 Code pénal ».

232bis. — Aucun doute ne doit donc être possible sur cette solution : le défaut de transcription empêche le transfert de la propriété; le délit de stellionat réside dans la *vente de la chose d'autrui*, cela décide tout. Le contrat non transcrit ne transfère pas la propriété à l'acheteur; tous les auteurs en conviennent. Mais après avoir admis la règle, M. Zohni Bey en limite les conséquences par une interprétation bien étrange. Le vendeur doit être traité comme stellionataire passible de la peine de l'article 293, Code pénal, affirme-t-il, au cas où il y avait concert frauduleux entre le

1. V. son excellent ouvrage : *Commentaires sur le Code pénal égyptien*, p. 738; en même sens, Guindi Bey Abd-Elmalek, p. 698.

vendeur et le second acheteur. M. Zohni Bey appuie sa doctrine sur cette raison que « l'acheteur, s'il n'a point acquis la propriété, a bien un *jus ad rem*, un droit sur l'immeuble. La fraude, ajoute-t-il, vicie la seconde aliénation, malgré sa transcription ; or, si cette aliénation est civilement nulle, elle devrait aussi recevoir une sanction pénale¹ ».

Voilà, si nous ne nous trompons, un raisonnement inadmissible. Ne serait-ce pas plutôt la négation absolue du principe du transfert de la propriété lui-même ? En effet, le vendeur qui vend à un second acheteur l'immeuble acheté par un premier fait un acte de la plus mauvaise foi. Mais qu'importe qu'il le soit ainsi, il n'en a pas moins disposé de sa propre chose, car il n'est dessaisi de sa propriété que par la transcription. Son premier acte de disposition ne l'a engagé qu'à des obligations personnelle ; il n'a point touché à sa propriété. Ainsi le décide la Cour de cassation. « Tant que la transcription n'aura pas été opérée, la propriété demeure toujours sur la tête du vendeur. L'acheteur n'aura jusqu'à l'accomplissement de cette formalité qu'une simple espérance à l'acquisition de la propriété, sans aucun droit acquis. Si, ajoute-t-elle, le disposant a, pendant cet intervalle, disposé de la chose au profit d'un tiers, il aura disposé de ce que lui appartient² ».

S'il en est ainsi, comment ne voit-on pas que le système proposé est diamétralement opposé au principe de la loi et qu'ainsi il l'anéantit ?

Cette solution est, à notre avis, inadmissible. Qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas eu concert frauduleux entre le vendeur et le second acheteur, la seconde vente transcrite n'en

1. V. *Elmuhamah*, 6, p. 626 ; en même sens, Alexandrie, 27 nov. 1927 ; Monouf, 25 mai 1928, 10/468/912, *Elmuhamah* 8/339/516.

2. V. 12 déc. 1935, *loc. cit.*

reste pas moins valable. La première étant, selon la loi, inexistante en dehors de rapports des parties contractantes et même entre ceux-ci, au point de vue du transfert de la propriété, les tiers qui n'en tiennent aucun compte, n'agissent point illégalement; ils ne participent point à un stellionnat, puisque le vendeur, avec lequel ils traitent est légalement propriétaire de l'immeuble dont il dispose à leur profit. Celui-ci ne peut pas non plus être traité comme stellionataire, puisqu'il use d'une *faculté* qu'il tient de la loi. Dès lors, à quel titre et sous quel prétexte la loi, qui lui donne la possibilité de s'en servir, pourrait-elle le punir?

233. — II. La situation du second acquéreur.

Sans doute, l'acquéreur de l'immeuble n'est lié, vis-à-vis de l'acheteur primitif, par aucun lien, et, par conséquent, il ne pouvait être question de relever contre lui *aucune responsabilité contractuelle*.

Pour qu'il en soit autrement, et, par conséquent, pour que la responsabilité du tiers acquéreur puisse être mise en jeu, il ne suffit pas que celui-ci soit de mauvaise foi, mais encore qu'il soit *substitué à l'obligation du transfert de la propriété au premier acheteur*, comme l'était le vendeur. Dans ces conditions, on peut donner satisfaction à l'acheteur, en condamnant l'acquéreur à lui transférer la propriété de l'immeuble à cause de l'engagement qu'il avait pris expressément dans son acte d'acquisition et non pas en application de l'article 143/204/1167 C. civ.

Mais l'acheteur, comme nous l'avons déjà affirmé, peut renoncer à son droit de profiter de cette substitution et préférer intenter une action en dommages et intérêts; il est donc naturel de songer immédiatement à l'article 151/212/1382 C. civ.

En pareil cas, alors qu'il ressort des faits de la cause que l'acquéreur a eu connaissance du dommage qu'il causait au bénéficiaire du contrat de vente non transcrit, par la conclusion de la seconde vente, et que cette vente a été le résultat d'un concert frauduleux entre le vendeur et l'acquéreur dans le but de frustrer, par une combinaison malveillante, le droit du premier acheteur, il est logique de penser que la participation à cette opération incorrecte doit entraîner une *responsabilité délictuelle*.

L'application de l'article 151/212/1382 C. civ. paraît, à raison de cette circonstance très importante, à savoir, *la substitution de l'acquéreur à toutes les obligations résultant du contrat qui contenait la première vente*, fort simple et fort évidente. Toutefois, il est à propos d'en tracer le cadre juridique.

Cette action en responsabilité ne doit aboutir qu'à la condamnation à des dommages et intérêts au profit du premier acheteur. Il y a lieu de se rappeler ici, étant donné qu'on est en présence d'une faute civile commise par plusieurs personnes et de concert, que la responsabilité est encourue *in solidum*, peut-être même *solidairement*¹. L'acquéreur et le vendeur peuvent donc être condamnés solidairement à des dommages et intérêts envers le premier acheteur. Mais là s'arrête le pouvoir du juge, il ne peut pas prononcer la nullité de l'acte incriminé. Il ne faut jamais mêler au mécanisme de transcription des considérations morales.

Aussi, admettons-nous l'action en dommages et intérêts contre celui qui, en traitant avec le vendeur, a expressément adhéré à l'acte non transcrit, ou même implicitement,

1. V. Colin et Capitant, t. II, 7^e éd., p. 392 et s.

par exemple, comme nous l'avons vu, en le laissant énoncer dans son propre titre. La même action peut aussi être intentée contre le second acheteur qui a été présent à la première vente, s'il en a signé l'acte, soit comme témoin soit comme partie contractante. En effet, il y a ainsi donné son adhésion avant de traiter avec le vendeur. Dans ces deux cas, il est évident que l'adhésion donnée par le second acheteur à la première vente implique *une renonciation au bénéfice de la présomption* en vertu de laquelle elle est réputée ignorée des tiers.

233bis. — Cette présomption est également inapplicable à ceux qui ont employé *la violence* ou *des manœuvres frauduleuses* pour empêcher l'acheteur de se mettre en règle. Dans ce cas, en effet, il ne s'agit pas de prouver la connaissance par le second acheteur de la première vente non transcrite, mais de prouver, ce qui est tout à fait autre chose, le fait de la violence ou des manœuvres frauduleuses employées par lui pour empêcher le premier acheteur de transcrire son acte. Or, l'existence de la présomption légale, d'après laquelle les actes non transcrits sont réputés comme ignorés de tous, n'empêche pas de prouver, par d'autres moyens, la connaissance de la première vente, la fraude commise en fait par le second acheteur. Ainsi le premier acheteur lésé peut, pour faire condamner le tiers acquéreur à des dommages et intérêts, demander de prouver que celui-ci, en s'entendant frauduleusement avec le vendeur, a stipulé de lui sa part dans le gain à réaliser à son détriment.

Concluons donc en posant cette *règle générale* : Le premier acheteur qui n'a pas transcrit ne peut, à l'encontre du tiers acquéreur qui a accompli cette formalité, prouver légalement que celui-ci connaissait cet achat, pour qu'il

soit considéré comme étant de mauvaise foi et, par conséquent, sujet à une action personnelle directe en dommages et intérêts. Cette preuve ne saurait être légalement admise, étant donné que le second acquéreur profite de l'existence, à son profit, d'une présomption légale d'ignorance de la vente non transcrite et cette présomption est *juris et de jure* et n'admet pas, par conséquent, la preuve contraire. Pour la loi, il n'existe pas d'autre source de la connaissance d'une mutation immobilière que la transcription.

Ne soyons point effrayés de cette extrémité; il faut l'accepter sans hésiter, puisque la logique l'implique nécessairement. En effet, si une pareille preuve était admise, la transcription ne serait plus une formalité requise pour rendre efficaces les actes déterminés par la loi; elle ne constituerait plus un titre juridique de préférence contre celui qui n'a pas transcrit, et ainsi tomberait cette présomption légale.

Ne nous laissons donc pas posséder de cette orgueilleuse manie d'équité, qui nous porte à nous montrer plus sages que la loi même. Il n'y a point de présomption légale qui n'ait, dans ses solutions extrêmes, des résultats contraires, à toute évidence, tout bon sens et par conséquent à toute justice. La loi les accepte comme de douloureux sacrifices au bien public, et tous les jours les tribunaux les appliquent. Sachons donc nous résigner et reconnaissons que, si déloyal que soit le second acheteur, il peut se mettre à couvert sous la *fin de non recevoir* qu'implique la *présomption légale* établie à son profit.

TITRE II

SOLUTION DE QUELQUES CONFLITS RELATIFS A LA TRANSCRIPTION

- 234. — Division.** — Chapitre premier. — Conflit entre les personnes tenant leurs droits d'un même auteur.
Chapitre II. — Conflit entre les personnes tenant leurs droits d'auteurs différents (l'ayant cause du « *de cujus* » et l'ayant cause de l'héritier.
Chapitre III : Conflit entre les ayants cause des acquéreurs successifs.
Chapitre IV : La théorie de la rétroactivité de la transcription.
-

CHAPITRE PREMIER

CONFLIT ENTRE LES PERSONNES TENANT LEURS DROITS D'UN MEME AUTEUR

235. — La transcription est une formalité qui sert au règlement des conflits entre divers acquéreurs tenant leurs droits d'un auteur commun? Or, au cas où le même immeuble a été successivement vendu à diverses personnes par le même auteur, *la préférence est réglée entre les concurrents par la priorité de la transcription.* Ainsi, et comme règle générale, le conflit est tranché au profit de celui qui a rempli le premier la formalité prescrite par la loi pour porter son droit à la connaissance des tiers, sans qu'on tienne compte de la date des titres¹.

I. Plusieurs actes d'acquisition du même immeuble ont été transcrits le même jour.

236. — Faute d'une règle écrite, le juge a, dans ce cas, sa conscience, ses lumières et les faits de la cause, dont l'un peut exercer une grande influence, c'est le numéro qu'a reçu l'acte dans *le registre d'ordre et d'entrée* tenu par le conservateur² et qui peut être consulté, comme un indice. Le juge peut alors donner la préférence à celui qui a été présenté à la transcription le premier, suivant l'ordre dans

1. C. A. du Caire, 28 mai 1929, *Elmuhamah* 9/594/1090.

2. V. Aga., 25 mars 1925, *Elmuhamah* 5/672/822.

lequel les pièces remises par les parties ont été inscrites sur les registres des dépôts. Mais les énonciations de ce registre ne forment point une présomption *juris et de jure*; on peut les discuter et les réfuter par la preuve contraire.

Lorsque tous les faits réunis et pesés laissent le juge dans le doute, il pourra résoudre la difficulté comme s'il était en présence de deux ventes, qui ne seraient ni l'une ni l'autre transcrites. Il doit préférer celui des deux acquéreurs dont le titre a le premier reçu date certaine, d'après l'adage de droit : *Prior tempore potior jure*, faute de présomptions graves, précises et concordantes. Dans le cas où ni l'un ni l'autre des deux contrats n'a reçu date certaine, auquel il faut assimiler le cas où ils ont reçu date certaine le même jour, il faudrait rechercher quel est, des deux acheteurs, celui qui est en possession : *In pari causa, melior est causa possidentis*.

La Cour d'Assiout¹ a préféré, dans un cas pareil, celui des deux acquéreurs dont le contrat a été conclu le premier, en faisant abstraction du numéro d'ordre qu'il a reçu au registre des dépôts. Cette solution est, à notre avis, inadmissible.

Nous estimons, enfin, que la question est simplement *une question de fait* où il n'y a pas de règle à prescrire².

II. Importance de l'antériorité de la transcription dans le domaine de la possession.

237. — Il est vrai que le juge du possessoire, bien qu'il puisse prendre en considération le titre invoqué par le demandeur, dans le but d'apprécier le caractère des faits

1. V. 29 mai 1926, *Elmuhamah* 6/543/874.

2. *Contra* : Baudry et Barde, t. I, n° 398.

de la possession, ne peut statuer que sur la possession. Il en résulte qu'en principe, la formalité de la transcription ne peut avoir aucune influence sur le jugement rendu au possesseur. Ainsi, en supposant deux personnes prétendant avoir acquis la propriété du même immeuble, mais plaident au possesseur, peu importe quel est celui qui a fait transcrire le premier son titre; le juge ne doit s'enquérir que du point de savoir quel est celui des deux qui a une possession annale.

Mais supposons que deux acheteurs successifs se disputent la possession de l'immeuble acheté et que chacun d'eux ait quelques faits de possession en sa faveur, mais qu'ils n'aient possédé, ni l'un ni l'autre, pendant une année entière; lequel des deux peut invoquer la possession du vendeur, et par là même triompher de son adversaire dans l'action en complainte? Il nous semble que le juge sera obligé, dans un pareil cas, de rechercher celui qui représente le vendeur et qui, par conséquent, a le droit de joindre la possession de celui-ci à la sienne. Or, ce droit n'est que la suite de la transmission que le vendeur a faite à l'acheteur de ses droits sur la chose vendue. Il faudrait donc rechercher celui des deux acheteurs qui a succédé le premier, au regard de tous, aux droits et faits de son vendeur. Or, ce n'est que celui dont le titre a été transcrit le premier.

Ainsi, de deux acheteurs successifs, qui n'ont ni l'un ni l'autre la possession requise, celui qui le premier a régularisé son titre par la transcription, doit être considéré comme continuateur de la possession de leur auteur commun¹.

1. V. Rivière et François, Explication n° 55.

III. L'article 89 du Code civil mixte est-il abrogé par la nouvelle loi ?

288. — Il nous reste maintenant à examiner une question très grave soulevée par l'application de la loi de 1923. Il s'agit de deux ventes successives d'un terrain, faites par le même vendeur. L'un des acheteurs, le premier en date, n'a pas transcrit son acte d'achat, mais il s'est mis en possession et, circonstance très importante, a planté sur le terrain vendu. Or, l'article 89 du Code civil mixte dispose : « *Celui qui, du consentement exprès du propriétaire et sans réserve, a construit ou planté sur son terrain, devient propriétaire du sol sur lequel est établie la construction et de celui qui est occupé par l'arbre.* » L'acheteur qui a construit ou planté sur le terrain serait-il fondé, même sous l'empire de la loi de 1923, à invoquer l'article 89 du Code civil, contre le revendiquant pour prétendre à la propriété du sol sur lequel s'élève la construction ?

Peut-être s'étonnera-t-on de nous voir mettre ce point en question. La nouvelle loi est, en effet, si générale dans ses termes, qu'elle semble répugner par essence à toute exception. La vente non transcrite ne crée que des obligations personnelles, dit-elle. Rien assurément ne saurait être ni plus absolu, ni plus impératif. Que l'acheteur, en vertu d'un acte non transcrit, ait ou n'ait pas construit sur le terrain vendu, il reste toujours un bénéficiaire d'un simple droit de créance, tant qu'il n'aura pas transcrit son titre. Peu importe également que cette construction ait été faite du consentement exprès du vendeur. Nulle distinction ne tempère la règle établie. Elle atteint donc, sans exception, tout acheteur qui n'a pas fait transcrire, et par conséquent celui qui a construit ou planté sur le terrain

vendu, de même que celui qui est resté tout simplement dans l'inaction, sans remplir la formalité requise.

238bis. — Ce n'est point l'avis de la Cour d'appel mixte¹ : « Le mode d'acquisition visé par l'article 89, dit-elle, est *un mode originaire*, car l'acquisition de la propriété ne vient pas du consentement de construire sur le sol; mais du fait de construire ou de planter lui même. »

Il convient ici de remarquer que cette disposition de l'article 89 est spéciale au Code civil mixte et ne se rencontre ni dans le Code civil égyptien, ni dans aucune des législations dont notre droit s'est inspiré. Aussi, son utilité pratique est-elle difficilement explicable. Elle suppose que le propriétaire d'un terrain donne à un acheteur son consentement formel de construire ou de planter sur son terrain, sans réserve de le reprendre. Mais celui qui a construit ou planté dans de pareilles circonstances est-il autre chose qu'une personne qui avait *de justes raisons pour se croire propriétaire*, puisque il ne l'est pas en fait, car l'accord des volontés ne le rendait pas propriétaire *erga omnes*, même sous l'empire du Code civil qui dispose que, dans ce cas, « les plantations et constructions ne seront pas détruites, mais le vrai propriétaire pourra se borner à payer le montant de la plus-value de l'immeuble à dire d'experts »? La disposition de l'article 89, même sous le régime du transfert de la propriété antérieur à la nouvelle loi, était tout entière inutile et dénuée de sens.

Or, si l'existence de ce texte sous le système du Code, qui impliquait le transfert de la propriété entre les parties contractantes par le simple accord de volonté, était ainsi incompréhensible, sa disparition sous le nouveau système

1. 29 mars 1928, *B. L. J.*, 40, p. 258.

de la loi de 1923, ne devrait point donner lieu à discussion. Cette loi, en effet, édicte dans son article 16 l'*abrogation de toute disposition contraire à son esprit*. La volonté de la loi est si manifestement positive, qu'elle ne doit être l'objet d'aucune résistance. La règle de la loi est partout une et absolue. Rien que la transcription ne saurait opérer transfert de la propriété par l'effet des conventions. Rien n'y rappelle, de près ou de loin, cette exception qu'on veut établir en faveur du bénéficiaire d'un contrat non transcrit, qui a fait construire ou planter du consentement du vendeur.

La Cour d'appel mixte s'est, pour étouffer la loi, servie d'une interprétation bien étrange; car elle a imaginé pour l'attaquer un instrument de démolition d'une telle puissance qu'elle a dû elle-même l'enrayer pour ne pas tout détruire.

« Attendu qu'aux termes de la loi n° 19 de 1923 sur la transcription, a-t-elle dit, les actes non transcrits, bien que n'opérant pas transfert de la propriété, sont productifs entre les parties d'obligations personnelles. »

Tel est le principe. Voyons-en les conséquences.

1° La principale obligation du vendeur est de permettre à l'acheteur tous les actes inhérents à l'exercice du droit de propriété et, par conséquent, pour l'acheteur d'un terrain, celui de construire ou de planter.

2° La déclaration du vendeur, qui fait une aliénation, renferme un consentement donné à cet effet, et ce consentement est, aux vœux de l'article 89 du Code civil, exprès et sans réserves.

3° Il s'ensuit que, lors même que l'acte de vente ne produit pas son effet translatif de propriété du terrain, faute de transcription, l'acheteur n'en devient pas moins proprié-

taire du sol sur lequel il a construit, par le seul fait de cette construction. Ainsi l'article 89 du Code civil, combiné avec les dispositions relatives à la transcription, donne lieu à cette règle très importante : l'acheteur, par un acte non transcrit, qui construit ou plante avant la transcription d'un autre acte d'acquisition, devient propriétaire incontestable même à l'égard des tiers.

Que penser d'un raisonnement qui, logiquement appliqué, aboutit fatalement à la suppression même de la loi ?

Dans le système de la Cour, la loi se serait dit : « *Construction ou plantation vaut transcription.* » Or, n'est-ce pas paralyser de la manière la plus complète les règles de la loi ? Quel intérêt aurait donc celui qui achète un terrain à bâtir ou un champ de culture à transcrire son titre d'acquisition, s'il lui était possible de devenir, par le seul fait d'une construction ou d'une plantation, le propriétaire définitif de l'immeuble ? Ainsi tous ceux qui achètent des immeubles de cette nature seraient exempts de remplir la formalité à laquelle la loi soumet la transmission de la propriété et l'efficacité des mutations immobilières !

Mais alors à quels actes la loi s'appliquera-t-elle ? Quoi, la loi aura, par la généralité de ses termes, embrassé dans sa prescription tous les actes translatifs de propriété immobilière, sans exception, et en fin de compte presque aucune d'eux ne sera soumis à son empire ! Est-ce possible ?

La Cour n'a pas pris garde que les raisonnements qu'elle produit en faveur de certains acheteurs portent en eux une généralité qui, en bonne logique, est tout à fait incompatible avec le principe du transfert introduit par la nouvelle loi : Voici que je vends un terrain qui m'appartient et que mon acheteur, à peine mis en possession, a fait construire une maison sur ce terrain. Et parce que le con-

trat que j'ai fait avec lui n'était pas encore transcrit, mes créanciers pourront le saisir comme faisant partie de mon patrimoine. L'acheteur, qui n'a pas encore transcrit son titre, saurait-il leur dire que ce terrain ne fait plus partie de mon actif, parce qu'il avait acquis la propriété par le fait de la construction. Quoi de plus inadmissible qu'une pareille prétention? Evidemment, j'ai aliéné mon bien, mais il manque à mon dessaisissement une condition indispensable. L'acheteur ne saurait devenir propriétaire qu'en transcrivant, comment pourrait-il échapper à cette prescription par une construction? Une telle affirmation conduirait à l'entière suppression de la loi.

On le voit donc, dès qu'on admet la solution donnée par la Cour, la loi n'a plus d'application possible. Ainsi, nous ne l'admettons point. Quand la loi a exprimé sa pensée en des termes exclusifs de toute ambiguïté et si nettement formels qu'ils écartent jusqu'à l'apparence du doute, quelle qu'elle soit, fût-elle inconséquente ou injuste au premier chef, elle doit être obéie. Or, encore une fois, où trouver un texte plus clair et plus formellement affirmatif que celui de l'article premier de la nouvelle loi. Ainsi ce texte, combiné avec celui de l'article 16, exige sans doute, l'abrogation de l'article 89 du Code civil mixte.

Comment, en effet, ne comprend-on pas que si la loi a, dans l'intérêt public, fait de la transcription une condition absolue du transfert de la propriété immobilière, on ne pourrait point, sans porter une trop grosse atteinte au crédit public, laisser aux acheteurs qui, au moment d'une transcription prise du chef du vendeur originaire, ne sont pas en règle, la faculté d'améliorer, par une construction ou une plantation, leur position au préjudice des autres ayants cause du vendeur. Entre les divers ayants droit,

c'est l'antériorité de la transcription qui doit seule être prise en considération. C'est là l'unique critérium de la préférence.

Nous restons donc fermement convaincu qu'au lieu de dire, comme la Cour mixte, que « la construction ou la plantation sur un terrain vendu vaut transcription du titre d'achat », on peut et on doit, au contraire, affirmer que la formalité requise par la loi pour le transfert de la propriété ne peut en aucune façon être suppléée, et qu'ainsi ce principe ne saurait être paralysé dans son application par les textes contraires du Code civil.

IV. Effet de la transcription.

239. — Nous avons déjà démontré que l'effet essentiel de la transcription, c'est la transmission de la propriété à celui qui traite avec le véritable propriétaire. La transcription rend aussi le titre de celui qui se trouve avoir acquis d'un *non domino* apte à servir de base à la prescription quinquennale; elle le rend, en un mot, un juste titre.

Ajoutons ici, qu'aucune transcription ou inscription ne peut plus être utilement prise contre le vendeur originaire dès que la vente a été transcrite. Les hypothèques sont ainsi purgées par la transcription de l'acte de vente, lorsqu'elles n'ont pas été inscrites avant cette transcription. On ne peut pas non plus, après l'accomplissement de cette formalité, ni inscrire un droit d'affectation ni transcrire un commandement immobilier sur l'immeuble vendu comme appartenant au vendeur. Nulle transcription d'une aliénation, même antérieure, n'est plus possible, si l'acte d'un autre acquéreur a été revêtu de cette formalité. Peu importe que l'acte transcrit ait été le résultat d'un concert frauduleux. On ne peut écarter l'autorité d'un acte trans-

crit qu'en prouvant qu'il est nul ou simulé. En effet, la transcription ne corrige-t-elle pas ces vices. La diligence mise à remplir cette formalité ne saurait relever les parties de la nullité qu'elles ont encourue en violant la loi.

CHAPITRE II

CONFLIT ENTRE DEUX ACHETEURS DONT L'UN EST L'AYANT CAUSE DU « DE CUJUS » ET L'AUTRE L'AYANT CAUSE DE L'HERITIER.

240. — Le vendeur ne transmet à son acheteur que les droits et la propriété qu'il a lui-même sur la chose vendue. La transcription n'est destinée qu'à transférer la propriété d'un patrimoine à un autre; elle ne la constitue pas.

Aussi les héritiers du vendeur, aussi bien que leur auteur, ne sont-ils pas recevables à exciper du défaut de transcription pour soutenir que l'immeuble vendu par leur auteur fait encore partie de sa succession, étant donné que l'obligation de transférer la propriété incombe à ses héritiers après la mort du vendeur.

241. — Mais celui qui a acquis du chef des héritiers la propriété d'un immeuble de la succession par un contrat transcrit, peut-il opposer le défaut de transcription à un acheteur du *de cujus*, qui n'a pas fait transcrire son titre?

Mettons-nous en présence de l'hypothèse suivante : Hamed vend à Mahmoud l'immeuble A, et se réserve l'usufruit. Après sa mort, son héritier, ignorant, faute de transcription ce qui s'est passé, se met en possession de l'immeuble. Bientôt il vend ce même immeuble à Hassan qui fait transcrire. Mahmoud qui n'a pas fait transcrire son contrat, pourra-t-il évincer Hassan, qui s'est mis en règle? Saurait-il

lui dire que l'héritier lui a transmis des droits qu'il n'avait pas et que son contrat, quoique transcrit, ne saurait lui transférer une propriété dont son auteur était dessaisi ?

Cette question, qui a soulevé plusieurs discussions sous l'empire du Code, n'est plus discutée. Nous allons d'abord reproduire les débats qui se déroulaient sous l'empire du Code, à cause de leur intérêt scientifique ; ensuite nous étudierons la solution imposée par le nouveau principe du transfert de la propriété immobilière.

SECTION I. — SOLUTION D'APRÈS LES PRINCIPES DU CODE CIVIL.

242. — L'article 54/77 du Code civil dispose que *les successions sont réglées d'après le statut personnel du défunt*.

Ainsi, la dévolution des successions n'est pas soumise aux règles du transfert de la propriété, telles qu'elles sont conçues par le Code civil, mais elle est, au contraire, réglée d'après le statut personnel du défunt. Or, ces règles ne sont pas les mêmes dans le Chariah, qui est le statut personnel des Musulmans, que dans le Code civil.

243. — Une règle très importante donne son trait caractéristique au régime de la dévolution des successions tel qu'il est conçu par le Chariah ; à savoir que *Pas de succession avant le paiement des dettes* ». Quel est donc le sens et la portée de cette règle fondamentale ? Nous savons que, d'après le Code civil français, l'héritier continue la personne du défunt, en ce sens qu'il est tenu de ses dettes *ultra vires*. Ainsi, l'héritier est déclaré, d'après le système français, personnellement responsable du passif héréditaire, à moins qu'il ne prévienne la confusion des patrimoines, en n'acceptant que sous bénéfice d'inventaire. L'acceptation bénéfi-

ciaire permet ainsi, à qui le veut, de se soustraire aux conséquences fâcheuses de la règle de l'obligation *ultra vires* des héritiers, lorsqu'on ne se sent point capable d'y satisfaire.

A la conception française, on peut opposer le système du Chariah, dans lequel la fiction romaine de la continuation de la personne ayant été rejetée, triomphe le système de *la succession aux biens*. La succession du Chariah est, d'après l'opinion qui prévaut chez les jurisconsultes Hanafites¹, considérée comme *une masse autonome et inerte*, distincte du patrimoine de l'héritier, lequel apparaît comme *un liquidateur*, avec un droit au surplus de l'actif sur le passif, s'il y en a. Ainsi, l'héritier musulman ne sera tenu du passif héréditaire que jusqu'à concurrence de l'actif.

244. — Cependant, on peut opposer à l'opinion adoptée par les Hanafites, qui consiste à faire de l'héritier un liquidateur ou un administrateur de l'hérédité, et, de celle-ci, une masse autonome et distincte, l'opinion des Shafiites d'après laquelle l'idée de la continuation de la personne du défunt par l'héritier n'est pas entièrement écartée.

Ces jurisconsultes enseignent que la règle *Pas de succession avant le paiement des dettes* ne signifie pas que les biens héréditaires ne peuvent être appréhendés par les successeurs appelés par la loi qu'après le paiement intégral des dettes, mais que *les créanciers héréditaires ont un droit de préférence sur les biens de la succession*. Les héritiers sont, par conséquent, saisis par la mort de leur auteur, même si le passif héréditaire dépasse l'actif. Ainsi, l'héritier est-il à

1. Les jurisconsultes qui s'étaient occupés de l'interprétation des textes solennels et religieux du Chariah, s'étaient divisés en quatre écoles : 1° L'école Hanafite, dont le maître était le grand jurisconsulte El-Imam Abou-Hanifa, et dont la doctrine se trouve adoptée par le Code de Statut personnel des Egyptiens-Musulmans; 2° L'école Malikite, dont le fondateur était El-Imam Malek; 3° et 4° Les deux autres écoles avaient pour fondateurs : El Imameins Elshafu et Hanbal.

la fois un héritier et un liquidateur, qui a toujours l'avantage de n'être tenu du passif que *intra vires successionis*.

Il s'ensuit que l'effet essentiel de cette règle est de conférer aux créanciers héréditaires un droit de préférence par rapport aux créanciers personnels de l'héritier sur la valeur des biens de la succession.

Ce droit de préférence, disent les Shafiïtes, n'atteint pas les fruits et intérêts des biens perçus depuis l'ouverture de la succession. De plus, l'héritier peut disposer d'un bien de la succession avant le paiement des dettes, mais le sort de cette aliénation dépend du paiement.

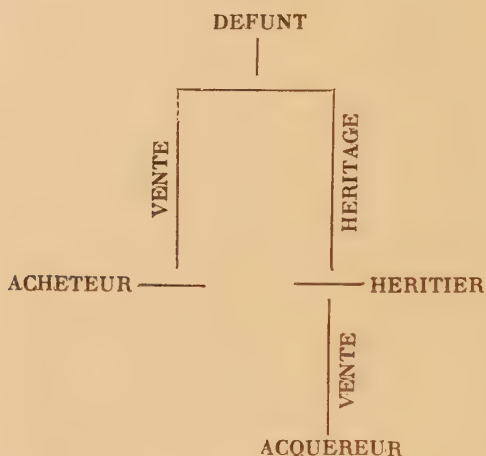
Pour d'autres interprètes, l'héritier n'a pas le droit de disposer des biens de la succession sans le consentement préalable des créanciers de l'hérédité. Le droit d'hypothèque légal sur l'hérédité, garantissant le paiement des dettes, met obstacle au droit de disposition de l'héritier jusqu'au jour du paiement¹.

245. — Ces observations préliminaires faites, revenons à notre principale question. Nous allons nous demander si ces principes du statut personnel doivent écarter l'application, qui à première vue s'impose, des règles du transfert de la propriété, telles qu'elles étaient conçues par le Code civil, et, par conséquent, d'accorder la préférence à l'ayant cause du défunt, malgré la transcription du titre de l'acquéreur du chef de l'héritier. En d'autres termes, l'ayant cause de l'héritier, qui a seul transcrit, pouvait-il opposer à celui qui avait acheté du *de cuius*, le défaut de transcription de son titre ?

En effet, quatre personnes sont en présence dont les rap-

1. V. pour détails, l'article très intéressant de notre judicieux interprète du droit musulman, le Professeur Ahmed Ibrahim Bey, *Kh. Kh.*, mars 1937 p. 357 et s.

ports juridiques peuvent être graphiquement exprimés comme suit :



Or, nous avons déjà dit que l'article 54/77 du Code civil renvoie, en matière de successions, au statut personnel du défunt. Mais doit-on en conclure que le droit du statut personnel régit, et le rapport défunt-héritier, et le rapport héritier-acquéreur ? Ou, est-ce seulement le premier rapport qui doit être réglé d'après le statut personnel, tandis que le deuxième reste toujours soumis aux règles du droit commun ? Autrement dit, doit-on faire dépendre la situation juridique de l'acquéreur de celle de l'héritier ? Ou, au contraire, le droit de celui-là doit-il être estimé indépendamment de celui de son auteur, et ainsi, l'acquéreur, ayant pris toutes les précautions utiles, doit-il être préféré à l'acheteur du *de cuius* qui a négligé de transcrire son titre ?

246. — L'affirmative était soutenue par la majorité des auteurs¹. L'acquéreur de l'héritier qui a seul transcrit,

1. V. Elhellali Bey, *op. cit.*, p. 291, n° 462 et bibliographie.

disaient-ils, devait pouvoir opposer au premier acheteur le défaut de transcription de son titre. Ainsi, le contrat de vente consenti par un héritier et dûment transcrit devait, en l'absence de fraude, être préféré à un contrat de vente consenti par le *de cujus* et non transcrit, celui-ci n'étant pas opposable aux tiers auxquels les héritiers du défunt ont consenti un droit réel, régulièrement conservé.

Les partisans de cette doctrine invoquaient des arguments qui nous paraissent décisifs :

1^o Il n'est pas contestable, disaient-ils, que celui qui a acquis un droit réel sur l'immeuble, est un tiers vis-à-vis de l'acheteur qui n'a pas transcrit, et que, par conséquent, aux termes de l'article 611/637 du Code civil, le droit de celui-ci ne pourrait être établi à son encontre que par la transcription.

2^o Il est bien vrai que l'acte non transcrit, étant opposable au vendeur lui-même, l'est aussi à l'égard de ses héritiers et que, par conséquent, ceux-ci ne peuvent pas exciper du défaut de transcription d'un contrat consenti par leur auteur. Mais, il est aussi vrai que, d'après les règles de publicité édictées par la loi, en matière de transfert de propriété immobilière, ce même acte n'est pas opposable aux tiers ayant des droits réels sur l'immeuble et est censé n'avoir aucune existence à leur égard. Ainsi, du moment qu'aucune transcription n'existe contre le défunt, les tiers ont pu légitimement considérer qu'à sa mort, ses biens ont passé par la voie de la succession (en vertu de l'art. 610/736 C. civ. qui dispense de la transcription les transmissions à cause de mort) sur la tête de ses héritiers, qui ont donc pu légalement en disposer en leur faveur.

3^o La situation juridique des tiers est, et doit être la même que s'ils avaient directement traité avec le défunt,

après une vente consentie par celui-ci au moyen d'un acte non transcrit. Or, dans cette hypothèse comme dans celle qui nous occupe, l'acte bien qu'opposable au vendeur lui-même ne le serait pas à ses ayants cause. Ainsi, si, dans l'un comme dans l'autre cas, il est vrai de dire qu'en ne considérant que la personne du vendeur ou de ses héritiers, les acquéreurs postérieurs à une aliénation non transcrite ont traité avec un *non domino*, dans l'un comme dans l'autre cas, en se plaçant cette fois-ci au point de vue des tiers, le vendeur et, après lui, ses héritiers sont, par le fait même du défaut de transcription, restés propriétaires, de sorte que les droits réels qu'ils ont conférés aux tiers sont opposables aux acheteurs qui ont négligé de se conformer à la loi en transcrivant leurs actes d'acquisition par application de la règle édictée par l'article 615/742 du Code civil. L'acquéreur préféré tient donc son droit, non pas de son vendeur, mais de la loi, car il a traité avec une personne que les articles 610 et 615/736 et 742 du Code civil l'invitent à considérer comme propriétaire. On ne peut donc pas, sans porter une atteinte irrémédiable à la sécurité des transactions, obliger les tiers à s'incliner devant des prétentions à la propriété qui ne leur ont point été révélées par la transcription, quoique étant par leur nature soumises à cette formalité.

4^o La situation de l'ayant cause à titre onéreux du légataire à titre particulier est réglée par un texte précis du Code. En effet, tandis que l'article 617/744 du Code civil¹ admet que le légataire particulier ne peut pas opposer efficacement le défaut de transcription à un acquéreur à titre onéreux qui tient son droit du testateur, l'article 618/745 du Code civil¹ revenant aux principes généraux, accorde cette

1. Ce texte est abrogé par la nouvelle loi (V. art. 16).

faculté à l'ayant cause à titre onéreux du légataire qui a transcrit son titre.

Or, ces textes combinés à la disposition de l'article 615/742 affirment, sans aucun doute possible, qu'il doit en être de même quand il s'agit d'un ayant cause de l'héritier. En effet, ce texte dispose d'une manière absolument générale, que les aliénations non transcrites sont considérées *comme non avenues à l'égard de ceux qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant à la loi*. Or, celui qui acquiert la propriété du chef de l'héritier, lequel est dispensé par l'article 610/736 de transcrire son titre, répond bien, par hypothèse, à toutes ces conditions. Si donc, on rabaisse l'héritier au niveau d'un légataire, en lui refusant la représentation du défunt et la succession *in universum jus*, la solution donnée par l'article 618/745 du Code civil doit être étendue à l'ayant cause de l'héritier.

En résumé, pour empêcher l'acquéreur du chef de l'héritier qui a procédé à la transcription, de triompher de l'acquéreur du chef du défunt, qui n'a pas fait transcrire, il faudrait dénier à son auteur, non seulement la qualité de continuateur de la personne du défunt, mais aussi celle d'héritier, car c'est en vertu de cette dernière qualité qu'il a pu parvenir, par le jeu du mécanisme de la transcription, à investir son acheteur de la propriété de l'immeuble litigieux.

5° En droit français, ajoutaient les partisans de cette thèse, c'est l'acquéreur de l'héritier qui doit prévaloir. Cette doctrine ne paraît pas avoir soulevé de contestation parmi les auteurs français.

Or, de l'analyse qui s'impose de la solution donnée en France, il ne résulte aucun motif pour distinguer le cas où

1. Ce texte est abrogé par la nouvelle loi (V. art. 16).

la succession est réglée par le Chariah. En effet, cette solution ne se rattache ni à la fiction romaine de la continuation de la personne du défunt, ni surtout à la responsabilité des dettes héréditaires *ultra vires hereditatis* imposée à l'héritier français. Elle est, au contraire, due à la rencontre de deux règles fondamentales du système français de transcription, reproduites d'ailleurs par le législateur égyptien ; à savoir : 1° l'inopposabilité des actes de mutations immobilières non transcrits à l'égard d'une certaine catégorie de tiers : 2° l'établissement de la propriété ou de ses démembrements résultant de la succession, vis-à-vis de toute personne, par le titre¹.

On invoquait généralement à l'appui de cette doctrine un arrêt de la Cour de cassation française² qui a consacré cette solution.

La Cour d'appel d'Angers avait décidé en ce sens : « Comme, par suite du défaut de transcription de la vente, le vendeur et, à son décès, ses héritiers légitimes sont réputés, à l'égard des tiers, n'avoir pas cessé d'être propriétaires de l'immeuble vendu, le créancier qui obtient un jugement de condamnation contre les héritiers du vendeur, peut valablement requérir l'inscription de son hypothèque judiciaire sur l'immeuble vendu avant la transcription de la vente ».

Le pourvoi soutenait que « par suite de la vente consentie par le *de cuius*, l'immeuble avait cessé, pour l'héritier,

1. Remarquons ici que cette règle, reproduite par l'art. 610/736 C. civ., qui dispense de la transcription les transmissions à cause de mort, a été abrogée par le décret-loi du 30 octobre 1935, qui exige la transcription des « attestations notariées destinées à constater désormais les transmissions par décès d'immeubles ou de droits immobiliers à un légataire ou à un seul héritier ». S'il y a plusieurs héritiers ou légataires, la transcription du partage assurera la publicité.

2. V. S. 1903.1.1805, D. 1904.1.58.

d'être dans le patrimoine du défunt; l'immeuble qui, au moment du décès du vendeur, ne faisait plus partie de son patrimoine, n'avait pu, même un instant de raison, faire partie du patrimoine de l'héritier ».

La Cour suprême a rejeté ce pourvoi; cette argumentation étant contredite, soit par le principe de la non-existence, vis-à-vis des tiers, de la vente non transcrite, soit par celui de la transmission des biens aux héritiers.

247. — La doctrine que nous venons d'exposer n'était pas unanimement adoptée. Quelques auteurs¹, suivis par quelques arrêts², soutenaient que le contrat de vente consenti par des héritiers et transcrit ne peut être préféré à un contrat de vente consenti par le *de cujus* quoique non transcrit.

Le système de publicité, disaient les partisans de cette thèse, tel qu'il est conçu par le législateur égyptien, n'a pour but que de régler le conflit entre les acquéreur de droits réels sur le même immeuble, en vertu de titres émanant d'un seul auteur. Ainsi, la priorité de transcription est sans effet entre des personnes qui ont acheté le même immeuble de vendeurs différents. En ce cas, la seule question est de savoir lequel des deux vendeurs était le véritable propriétaire de l'immeuble.

Or, disait-on, il est reconnu que la première vente était opposable au *de cujus*; à son égard la chose était sortie de son patrimoine. Aussi, en est-il de même pour son héritier; la chose vendue n'existait donc pas dans la succession lors de son ouverture. Ainsi les héritiers n'étant pas des tiers par rapport à l'acte de vente consenti par le défunt, cet acte est opposable à leur égard. Ils ne pourraient donc

1. V. Helmi Issa Pacha, *La vente*, n° 1185.

2. V. Alexandrie, 27 juillet 1918, *B. O.* 19/92/132.

pas devenir propriétaires, par la voie de la succession, de l'immeuble vendu par leur auteur. Ainsi, celui qui traite avec eux, se trouve avoir traité avec un *non domino*.

Parmi les motifs d'un jugement qui a été rendu en ce sens se trouvent les suivants : « que l'hypothèse qui attribue à l'héritier tous les droits de son auteur, toutes ses espérances et même sa faculté de faire et qui, pour spécifier, investit l'héritier par la voie de la succession de la faculté de vendre deux fois le même bien, parce que cette faculté avait appartenu à son auteur de son vivant, est une hypothèse contraire à la vérité et doit être rejetée par le bon sens, car cette faculté n'est accordée ni par le Chariah ni par la loi. Le Chariah la prohibe et la loi la défend encore plus en punissant celui qui en fait usage de la peine prévue par l'article 293 Code pénal. »

Mais, à la vérité, personne ne soutenait que la loi accordait au vendeur et, après lui, à ses héritiers, la faculté de revendre ce qu'il avait déjà valablement vendu¹. Si l'acheteur qui a fait transcrire doit triompher de celui qui a négligé de remplir cette formalité, c'est parce que le législateur a voulu, dans l'intérêt de la société, rendre propriétaire l'ayant cause d'un vendeur qui n'est plus propriétaire et lui conférer ainsi une situation juridique indépendante. Ainsi, en considération de l'intérêt public, certains tiers ont été autorisés par la loi à négliger l'acquéreur qui ne s'est pas fait régulièrement connaître à eux et à considérer les droits qui appartenaient au *de cujus* sur l'immeuble comme ayant été recueillis par ses héritiers².

Ces auteurs insistaient également sur les principes du Chariah en matière de succession; à savoir que l'héritier

1. Cpr. M. Maurice Amos, *L'Egypte contemporaine*, 1913, p. 219.

2. V. El'attarin, 20 janv. 1918, *B. O.* 19/71/99.

ne continue pas la personnalité du *de cujus* et qu'aussi longtemps qu'une obligation patrimoniale quelconque, ayant incombé au défunt, reste inexécutée, la succession n'est pas dévolue aux héritiers.

Mais les partisans de la doctrine contraire avaient répondu, à bon droit, selon nous, que ce dernier principe veut tout simplement dire qu'avant le désintéressement des créanciers, l'héritier ne peut pas acquérir un droit sur les biens héréditaires¹. Ces principes ne sauraient donc écarter l'application, qui, à première vue s'impose, des règles de la publicité au profit du second acheteur qui a seul transcrit. Celui-ci puise dans la loi son droit d'opposer au premier acquéreur le défaut de transcription.

SECTION II. — APPLICATION DES PRINCIPES DE LA NOUVELLE LOI.

248. — Nous avons jusqu'ici exposé les divergences doctrinales qui existaient sous le système du Code civil. Deux opinions opposées avaient partagé la doctrine et la jurisprudence. L'une donnait la préférence à l'acquéreur du chef de l'héritier s'il avait, le premier, fait transcrire son titre; l'autre soutenait que, bien que non transcrite, la vente émanée du *de cujus* était pleinement valable à l'égard des ayants cause de l'héritier. Pourquoi? Parce que les héritiers du vendeur, disait-on, étaient complètement étrangers à l'immeuble vendu, puisque la première vente, quoique non transcrite, avait transmis la propriété à leur égard; or, s'ils étaient sans droit, il est certain qu'ils n'en pouvaient transmettre aucun.

1. V. C. A. M., 11 mars 1914, *B. L. J.*, 26, p. 270.

249. — Cette dernière thèse, à supposer même qu'elle était bien fondée, ne saurait plus être soutenue, et nous croyons que, d'après le nouveau principe du transfert de la propriété immobilière, tel qu'il est conçu par l'article 1^{er} de la nouvelle loi, on n'hésite point à la considérer comme inexacte.

Il n'est pas douteux que la vente, bien que non transcrite, est valable à l'égard des héritiers du vendeur¹. Mais il est également incontestable qu'elle ne l'est ainsi que comme créatrice de simples obligations personnelles : en un mot, d'un *droit de créance*. Cette règle établie par l'article 1^{er} est absolue. Jusqu'à la transcription, y est-il dit, la vente ne crée que des obligations personnelles entre les parties. Que le vendeur vive ou soit décédé, il n'importe : la loi ne distingue pas. Ainsi, la propriété de l'immeuble vendu, persistant toujours sur la tête du vendeur, passe par voie de succession dans le patrimoine des héritiers. Ceux-ci peuvent donc en disposer valablement ; cette faculté de disposer, ayant son point d'appui dans la loi elle-même, n'a rien de choquant, au moins quand on l'envisage au point de vue des tiers qui contractent avec les héritiers. En décider autrement, ce serait procéder à l'anéantissement du crédit foncier. La loi a entendu, en effet, organiser la propriété de telle manière que nul ne puisse, même de bonne foi, opposer au regard du public un acte non transcrit et, par là même, clandestin, de telle sorte que l'apparence et la réalité étant toujours d'accord, il n'y ait jamais de surprise possible. Or, ce but sera-t-il atteint, si on admet que, nonobstant la clandestinité de son titre, l'acheteur du *de cujus* pourra évincer l'acquéreur qui aurait traité avec l'hé-

1. Le Caire, 16 avril 1930, *Elmuhamah* 11/378/740.

ritier du vendeur? Qui ne voit que, dans ce système, cet héritier sera propriétaire apparent et ne le sera pas en réalité? Nous aurons ainsi une personne qui, selon la loi même, sera réputée habile à faire valablement tous les actes auxquels peut se livrer un légitime propriétaire et dont tous les actes seront frappés d'une nullité radicale! Nulles seront les hypothèques par lui consenties, nulles les aliénations, même à titre onéreux, dont il aura touché le prix. Devons-nous ajouter que cette propriété, dont la loi l'investit, lui permettra de ruiner tous ceux qui, sur la foi de son titre, se mettront en rapport d'affaires avec lui? et dans quel but toutes ces déceptions, toutes ces ruines? Afin de sauvegarder le droit d'un acheteur qui, par la non transcription de son titre, est dépourvu de tout droit opposable aux tiers en vertu de la loi? en bon sens, est-ce possible? Est-ce logique surtout?

250. — Mais, ces conséquences n'ont pas empêché la Cour d'appel du Caire¹ de se prononcer dans ce sens. Et le plus choquant, c'est qu'elle arrivait à formuler sa décision moyennant un raisonnement qui devait aboutir à une conclusion diamétralement opposée à la sienne. Nous en sommes vraiment étonné. Elle considère les héritiers comme continuateurs de la personne du défunt et, pourtant, elle annule leurs actes de disposition des biens de la succession qui avaient déjà fait l'objet d'une aliénation non transcrite de la part du défunt. Or, cette solution est-elle admissible?

Voilà une vente qui, à raison de sa clandestinité, ne produit aucun effet translatif; le vendeur meurt et, à l'instant, cette vente devient translatrice de propriété *erga omnes*, nonobstant sa clandestinité persistante! Le droit simple-

1. V. 28 mai 1931, *Elmuhamah* 12/168/319.

ment personnel qu'avait l'acheteur se transforme, par la puissance magique de ce décès, en une propriété absolue qui aura tout son effet contre les tiers ! En vérité, est-ce possible ?

La Cour nous oppose que l'héritier du vendeur n'étant pas admis à opposer le défaut de transcription à l'acheteur, puisque, en ce qui le concerne, la vente est valable, quoique non transcrite, les actes qu'il passe relativement à cet immeuble sont forcément nuls, conformément au principe : *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*. Mais comment ne voit-on pas que le prétendu raisonnement est actuellement inadmissible ? Que soutenons-nous, en effet ? Nous soutenons que le principe *Nemo plus juris...* est inapplicable dans la cause ; et que nous répond-on ? On nous répond par le principe *Nemo plus juris...* ! au lieu d'aborder la difficulté pour l'étudier et la résoudre, on la supprime. Nous prendrons nous-même le problème pour sa démonstration. Si nous affirmons que la règle *Nemo plus juris...* n'a point lieu dans l'espèce, notre preuve est prête. Et d'abord, on ne niera point qu'en ce qui concerne le vendeur, et aussi longtemps que la vente qu'il a faite reste secrète, il demeure valablement propriétaire de l'immeuble vendu. La loi veut que, jusqu'à la transcription, l'immeuble vendu reste dans le patrimoine du vendeur ; lors donc qu'il en dispose, l'acte qu'il a passé émane, non point d'un *non domino*, mais du véritable propriétaire ; il transmet alors la propriété qu'il a réellement. Il ne saurait donc être ici question du principe *nemo plus juris...* Ce n'est point le cas de l'appliquer. Ceci posé, quelle différence y a-t-il entre l'héritier du vendeur et le vendeur ? Ne succède-t-il pas aux biens qui se trouvent dans le patrimoine de son auteur au moment de son décès ? Or, s'il en est ainsi, n'est-il pas

clair que, de même que le vendeur peut valablement disposer de la propriété, que la loi maintient en sa personne d'une manière absolue, son héritier qui l'a reçue de lui la peut également transmettre à ses propres ayants cause? La condition de l'acheteur ne change point. Quoique non transcrite, la vente est valable à l'égard de l'héritier du vendeur, comme elle l'était à l'égard du vendeur; mais, de même qu'à l'égard du vendeur, à l'égard de son héritier, l'acheteur, après une deuxième aliénation transcrite du même immeuble, devient *un simple créancier de l'hérédité*. Ainsi, suivant les principes généraux en cette matière, l'acheteur n'a le droit de demander l'annulation de l'aliénation transcrite faite par l'héritier que dans le cas où cette aliénation a causé l'insolvabilité de la succession, de sorte qu'il ne puisse plus se remplir de sa créance. Aussi, l'héritier, ou même le second acheteur, pourrait-il éviter cette annulation en désintéressant le premier acheteur¹.

251. — Ce que nous venons de dire des héritiers du vendeur, est également vrai de ses légataires, même à titre particulier; les deux cas sont semblables; car si la propriété qu'a le vendeur passe à ses héritiers, pourquoi ne passerait-elle pas de même à ses légataires?

Mais l'acheteur pourra les déposséder comme il déposéderait le vendeur lui-même, par la transcription de l'acte de vente, et, en effet, dès que cette formalité sera remplie, les biens désignés dans l'acte transcrit conclu par le défunt

1. V. El'hellali Bey, *op. cit.*, n^{os} 381-386.

Le Chariah accorde aux créanciers du défunt des droits semblables à ceux des créanciers séparatistes en droit français. Il leur confère un privilège sur les biens de l'actif successoral par rapport aux créanciers personnels de l'héritier. Or, ce privilège protège les créanciers contre le danger des aliénations faites au préjudice de leurs droits. En effet, il leur donne un droit de suite sur les immeubles héréditaires, et cela sans avoir besoin de prendre une inscription.

de son vivant n'appartiennent ni à ses héritiers ni à ses légataires.

252. — Il n'en est pas de même de l'ayant cause de l'héritier. Ainsi si le même immeuble a été légué à une personne et vendu par l'héritier du testateur à une autre personne, qui a fait transcrire son acte, le légataire peut toujours évincer l'acquéreur, malgré la transcription de son titre. En effet, les droits résultant d'un testament ne sont point soumis à la transcription. La loi n'exige que la transcription des actes entre vifs. La clandestinité du testament n'a aucun effet, tant qu'il sera dispensé de cette formalité¹. On ne saurait donc pas opposer au légataire le défaut de transcription. Ainsi, l'héritier n'ayant aucun droit sur l'immeuble légué, puisqu'il est devenu la propriété du légataire par la mort du testateur, les actes qu'il passe relativement à cet immeuble sont forcément nuls, comme émanant d'un *non domino*. Et voilà un exemple d'une application correcte du principe *nemo plus juris...*

253. — La même solution doit être donnée dans le cas de conflit entre les ayants cause de l'héritier et les ayants cause du légataire dont le titre n'a pas été transcrit. En effet, la priorité de transcription n'est-elle d'aucune considération dans ce cas. Il faut rechercher lequel des deux auteurs est le vrai propriétaire pour accorder la préférence à son ayant cause. Or, ce n'est que le légataire.

1. V. C. A. du Caire, 6 février 1929, B. O. 30/29/314.

CHAPITRE III

TRANSCRIPTION DES CONTRATS DE VENTE SUCCESSIFS

254. — Lorsqu'on achète d'une personne qui, elle-même n'avait pas fait transcrire son titre d'acquisition, est-on en règle avec la loi, si on se contente de faire revêtir de la transcription le titre dont on est porteur? Le sous-acquéreur devra-t-il, pour se mettre en règle, transcrire non seulement son propre titre, mais encore le titre de son auteur, ou suffira-t-il qu'il transcrive le sien?

SECTION I. — CONTENU DE L'ARTICLE 619/746 DU CODE CIVIL.

255. — Sous l'empire du Code, l'article 619/746 était ainsi conçu : « En cas de contrat de transmission entre plusieurs propriétaires successifs, *il suffira de transcrire le dernier contrat.* »

D'après cette disposition, sous le régime du Code, la transcription du dernier contrat suffisait; cette transcription faisait encourir la déchéance à tous les acquéreurs antérieurs qui n'avaient pas fait transcrire leur titre au moment de son accomplissement. La transcription de la dernière vente, d'après l'article 619/746 du Code civil, avait donc pour conséquence de rendre sans effet, vis-à-vis

du sous-acquéreur ou de ses ayants cause, la transcription ou l'inscription effectuées après, du chef d'un précédent acquéreur; mais elle ne rendait point sans effet celles qui auraient été prises avant.

256. — Nous n'estimons pas nécessaire de pénétrer davantage dans l'économie de ce système pour montrer sa défectuosité. La question se rattache, en effet, à l'organisation même des bureaux de la conservation des hypothèques, c'est-à-dire à la tenue des registres ou, en d'autres termes, au procédé employé pour mettre sous les yeux des tiers les actes qu'il leur importe de connaître. Ce mode de publicité nous est déjà connu. On sait que, d'après le régime du Code, les actes déposés pour être transcrits étaient copiés en leur entier, à la date et dans l'ordre des dépôts, sur le registre des transcriptions. Dès qu'elles étaient effectuées, les transcriptions étaient énoncées, par extrait, sur le registre répertoire, sous les noms des propriétaires dont elles grevent le passif; après quoi, les noms des grevés étaient portés sur une table alphabétique destinée à devenir la clef ou le guide des recherches à faire. Le mécanisme de la publicité des mutations immobilières reposait ainsi, et repose encore, non point sur la désignation individuelle ou cadastrale des immeubles eux-mêmes, mais sur les noms, prénoms et profession des propriétaires aliénateurs.

Cela posé, imaginons le conflit suivant : Ali avait vendu à Mahmoud sa maison A. Cette vente n'avait pas été transcrite. Mahmoud avait vendu à son tour la même maison à Hamed, lequel s'était borné à faire transcrire son propre titre. Quelle publicité résultait de cette transcription? Elle rendait publique la vente consentie par Mahmoud au profit de Hamed. Ainsi les tiers qui, avant de traiter avec Mahmoud, le désignaient au conservateur,

afin de s'assurer s'il était encore propriétaire de la maison A, savaient qu'il ne l'était plus, puisqu'il leur était délivré copie de la transcription qui mettait sous leurs yeux la vente faite à Hamed, en vertu de laquelle il avait cessé de l'être. Mais qu'apprenait-elle aux tiers qui traitaient avec Ali? Rien absolument, ni la vente de Mahmoud à Hamed, car ne connaissant point Mahmoud et n'ayant point affaire à lui, ils ne se renseigneraient point de son chef, ni la vente d'Ali à Mahmoud, car Ali n'ayant aucun compte ouvert sur les registres, le conservateur leur répondrait forcément par un état négatif de transcription.

257. — La Cour d'appel mixte, pour obvier à la défectuosité de ce système, a trouvé dans l'article 635/765 du Code civil un moyen efficace pour combler la lacune de la loi. En effet, ce texte imposait au conservateur de tenir deux répertoire, par ordre alphabétique, dont l'un était destiné à contenir le nom des précédents propriétaires indiqués dans l'acte à transcrire et sur lesquels la transcription n'avait pas été faite antérieurement. Or, la Cour en avait conclu que l'article 619/746 devait être interprété en le mettant en concordance avec l'article 635/765 du Code civil. Ainsi, dit-elle¹ « si ce dernier article impose au greffe l'obligation de mentionner le nom des précédents propriétaires qui n'ont pas transcrit, cela implique pour l'acheteur subséquent qui a transcrit l'obligation d'indiquer ces noms dans l'acte, et le défaut de prendre cette précaution par laquelle, seule, les tiers sont en mesure de connaître les charges grevant les immeubles, met l'acheteur qui a transcrit dans l'impossibilité d'invoquer l'article 746 et d'oppo-

1. V. 9 déc. 1920, *B. L. J.*, 33, p. 189. En même sens, 31 oct. 1922, *B. L. J.*, 35, p. 8; 19 déc. 1922, *B. L. J.*, 35, p. 115.

ser son droit de propriété aux tiers qui ont régulièrement et de bonne foi acquis un droit réel et l'ont conservé en se conformant à la loi. »

De cette façon, la vente d'Ali à Mahmoud recevait une publicité de la transcription de la vente de Mahmoud à Hamed. En effet, Hamed était, pour donner toute efficacité à la transcription de son acte, obligé de relater dans celui-ci la vente dans laquelle Ali avait joué le rôle du vendeur. Le conservateur en opérant la transcription de la seconde vente consentie par Mahmoud au profit de Hamed devait, en effet, en détacher les clauses relatives à la première vente et en former la base d'un compte ouvert sur le répertoire à la charge d'Ali, avec report de ses nom et prénoms sur la table alphabétique. Ce mode de procéder était prescrit par la loi.

SECTION II. — ABROGATION DE L'ART. 169/746 DU CODE CIVIL PAR L'ARTICLE 16 DE LA LOI DE 1923.

258. — Parmi les articles du Code abrogés par la nouvelle loi figure l'article 619/746 dont nous venons de parler. Ainsi, sous l'empire de la nouvelle loi, le dernier acquéreur, qui veut consolider sa propriété, doit transcrire non seulement son propre contrat, mais encore tous ceux qui ont précédé le sien. Il en résulte que la transcription du dernier contrat ne fait pas encourir la déchéance de tous les acheteurs successifs du vendeur qui n'auraient pas transcrit avant cette transcription. Ces acheteurs peuvent toujours faire valablement transcrire les actes qui leur ont été consentis par le vendeur originaire jusqu'au moment de la transcription de la première aliénation opérée par lui. En effet, les acheteurs qui n'ont pas transcrit n'ont acquis qu'un droit

personnel contre le vendeur; ils ne l'ont dessaisi ni de sa propriété ni de son droit de conférer aux tiers des droits sur l'immeuble vendu. Ainsi, la transcription du dernier contrat ne saurait avoir d'effet sur la situation du premier vendeur, car si cette transcription porte sur le même immeuble, elle ne porte pas sur les mêmes personnes. Or, d'après notre système de publicité, la transcription s'effectue sur les personnes et non plus sur les immeubles.

Par suite, le sous-acquéreur ne peut opposer le défaut de transcription à des ayants cause du vendeur originaire que si l'aliénation consentie au profit de son auteur a été transcrite avant que ses ayants cause aient rempli cette formalité. En effet, si les tiers ont traité avec le vendeur originaire, c'est sur la foi des garanties qui leur étaient données par la loi. Il n'en est pas de même du sous-acquéreur, qui a fait preuve d'une négligence inexcusable.

Ainsi, si Ali vend l'immeuble A à Hamed, le 1^{er} janvier 1925, et Hamed le revend, le 2 mars à Mahmoud qui transcrit le 25 du même mois. Le 15 janvier 1925, Ali avait vendu le même immeuble à Hassan; mais celui-ci ne fait transcrire son contrat que lorsque déjà Mahmoud avait transcrit le sien, sans avoir fait transcrire celui de son auteur Hamed.

Dans l'intérêt de Hassan, on peut dire : la transcription opérée par cet acquéreur a pour conséquence d'évincer Hamed qui n'a pas obtempéré aux prescriptions de la loi; à plus forte raison, peut-elle être opposée à Mahmoud, qui est l'ayant cause de Hamed, et qui, n'ayant pas plus de droits que ce dernier, ne peut être dans une condition meilleure.

259. — Un pas de plus; nous supposons que Hassan n'achète d'Ali que lorsque déjà Mahmoud a transcrit la

vente que Hamed lui a faite. N'importe, Hassan l'emportera nécessairement sur Mamhoud, s'il a fait transcrire son acte avant la transcription du contrat de Hamed.

268. — Il faut décider de même que les inscriptions prises du chef du vendeur originaire, depuis la transcription du titre d'un sous-acquéreur, sont également efficaces. Ainsi, si Ali au lieu de vendre à Hassan, lui confère une hypothèque, il est manifeste qu'en se faisant inscrire, lorsque Hamed s'endort dans le non-exercice de son droit et le laisse inconnu, Hassan se sera rendu préférable à Hamed.

261. — Reconnaissons toutefois que les cas sur lesquels nous venons de raisonner sont plutôt théoriques que pratiques. Il est très rare dans les ventes d'immeubles, qu'il puisse se trouver des transcriptions aussi incomplètes. En effet, l'arrêté ministériel¹ relatif à la transcription des actes successifs de transfert de droits immobiliers prescrit que ces actes « ne seront reçus à la transcription qu'après transcription des titres originaux postérieurs eux-mêmes au 1^{er} janvier 1924 et qui en conséquence auraient dû être transcrits en exécution des dispositions des nouvelles lois. »

Concluons que, lorsqu'il s'agit de deux acquéreurs qui tiennent leurs droits de personnes différentes, il faut pour que l'un d'eux soit admis à exciper du défaut de transcription, que le titre de son auteur immédiat et, s'il y a lieu, ceux de ses auteurs médiats, aient été également transcrits.

Le principe essentiel, en matière de transcription, c'est qu'on ne considère la transmission de la propriété immo-

1. Du 26 mai 1926.

bilière comme parfaite que lorsque l'acquéreur a fait transcrire son titre.

D'où il suit que, si l'aliénateur confère sur l'immeuble des droits réels plus ou moins étendus, ou même aliène de nouveau la propriété entière, ces droits seront valables, à la seule condition d'être publiés avant que l'aliénation antérieure ait été transcrite.

CHAPITRE IV

LA THÉORIE DE LA RÉTROACTIVITÉ DE LA TRANSCRIPTION

262. — Nous avons eu maintes fois l'occasion d'affirmer que les mutations de propriétés immobilières ne sont parfaites, même entre les parties, que par la transcription des actes où elles sont relatées. Nous avons aussi rejeté la théorie soutenue par quelques auteurs, d'après laquelle la vente non transcrite est une vente conditionnelle. Cette théorie est inadmissible, car les parties ont entendu conclure une vente pure et simple, mais non point conditionnelle. La transcription n'est pas une condition, c'est une formalité nécessaire. Ce double point de droit a besoin d'une démonstration. Nous allons essayer de la donner.

263. — Lorsqu'une vente a lieu sans condition, l'acheteur acquiert un certain droit personnel, droit fort imparfait sans doute, qui, peut-être, ne se complètera point, mais enfin un droit tel quel, droit transmissible à ses héritiers ou à tout autre successeur, qu'il peut réaliser, d'après la loi, par une action personnelle. Si la transcription à laquelle est subordonné le transfert de la propriété n'a pas été accomplie, l'acheteur n'aura aucun droit réel sur l'immeuble vendu et, par conséquent, il ne pourra valablement le grever d'aucun droit de cette nature. Tous les droits dont il a pu être grevé de

son chef n'auront aucune valeur juridique. Que si, au contraire, la transcription s'accomplit, la vente se complète alors et produit son effet translatif de propriété au jour même de l'accomplissement de cette formalité, sans remonter, quant à cet effet, au jour de la conclusion de la vente.

Ainsi, tant que la transcription n'aura pas été accomplie, le vendeur reste propriétaire, et la propriété qu'il conserve reste dans son patrimoine avec la même plénitude qu'au-paravant. Du moment, en effet, que l'acheteur n'acquiert aucun droit sur l'immeuble, le vendeur en reste seul propriétaire légitime, jusqu'à l'événement qui investira l'acheteur de cette propriété. Ainsi, si le vendeur est réputé être propriétaire pur et simple jusqu'à la transcription, l'acheteur ne saurait, au cas où cette formalité s'accomplit, être censé l'être du jour de la vente. Les aliénations consenties par le vendeur avant la transcription, toutes les hypothèques acquises de son chef, pendant ce temps, restent valables, comme ayant été acquises d'un *dominus*.

Or, puisque la vente non transcrite ne transfère à l'acheteur aucune propriété, et qu'elle ne prévaudra pas, si elle se complète plus tard par l'accomplissement de la transcription, sur les droits, quels qu'ils soient, qui, avant l'accomplissement de cette formalité, auront été acquis du chef du vendeur, il est évident par là même qu'elle n'opère la transmission de la propriété qu'autant qu'elle aura été transcrite et qu'ainsi la transcription n'aura point d'effet rétroactif.

En résumé, trois cas sont à considérer :

La vente a-t-elle été transcrite le jour même de sa passation, la transcription, lorsqu'elle vient d'être accomplie,

opère transfert de la propriété au jour même du contrat, tant à l'égard des tiers qu'entre les parties elles-mêmes.

L'a-t-on transcrite quelque temps après sa conclusion, l'effet translatif ne remonte, même entre les parties, qu'au jour de la transcription.

A-t-elle été transcrite au profit d'un sous-acquéreur avant la transcription de l'acte de l'acquéreur, son effet, au lieu de remonter au jour de sa transcription, ne prend date qu'au jour de l'accomplissement de cette formalité par l'acquéreur.

264. — Cette dernière hypothèse nécessite plus d'explications. Supposons que l'acheteur, sans avoir transcrit son acte, vende son droit à une personne qui, elle, fait transcrire; cette transcription anticipée devra-t-elle être prise en considération? Si je soulève cette question, ce n'est point qu'elle me paraisse douteuse. La transcription du contrat du sous-acquéreur ne suffit pas, en elle-même, à lui transférer la propriété; pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'il transcrive aussi le titre de son auteur. Cette dernière formalité n'aura, à notre avis, aucun effet rétroactif. Dès lors, où est la raison de cette rétroactivité? Il n'en existe aucune à notre sens. Nous n'insisterions donc pas sur ce point, s'il n'avait été déjà examiné et résolu dans un sens contraire à celui que nous indiquons. M. Zohni Bey soutient¹, en effet, que « la transcription de la vente produit un effet rétroactif, de sorte que l'acheteur est réputé avoir été propriétaire pur et simple du jour de la vente, mais en respectant les droits consentis par le vendeur et légalement conservés avant la transcription de l'acte de l'acheteur ».

Pour démontrer la portée pratique de sa thèse, M. Zohni

1. V. *Les biens*, p. 917, nos 627 et s.

Bey suppose l'hypothèse suivante : Ali vend sa maison A à Mahmoud. Antérieurement à la transcription de cette vente, Mahmoud vend son droit à Hamed qui fait transcrire son titre. Les choses étant en cet état, la transcription de la première vente s'accomplit. D'après Zohni Bey, Mahmoud acquiert la propriété du jour de la conclusion de son contrat et, par suite, la propriété passe à Hamed du jour de la transcription de son propre titre.

Ensuite, il complique les choses en imaginant que cette maison fait l'objet d'un grand nombre d'affaires importantes; elle est vendue je ne sais combien de fois par Mahmoud, puis par une série continue d'acquéreurs, est grevée d'hypothèques du chef de chacun d'eux; tous ces ayants droit se seront mis en règle par la transcription ou l'inscription de leurs titres. Il se demande alors quel sera le sort de tous ces contractants après la transcription de l'acte de Mahmoud. D'après quel ordre va-t-on fixer le rang des créanciers hypothécaires antérieurs à cette transcription? Il répond que la rétroactivité de la transcription, ayant pour effet d'attribuer la propriété à Mahmoud, du jour de la vente, consolide du même coup tous ces droits réels et empêche, par conséquent, la concurrence de tous les créanciers et acheteurs sur le prix de l'immeuble, concurrence qui résulte du chevauchement de chaque acte sur l'autre.

265. — Si ces résultats peuvent trouver quelque part un fondement légitime, ce n'est certes point dans l'esprit de la nouvelle loi. Mais M. Zohni Bey avait, peut-être, de puissants motifs pour les maintenir. Suivons-le donc dans son raisonnement. « D'après l'article premier de la loi de 1923, dit-il, le transfert de la propriété s'opère *par la transcription et non pas après ou du temps de la transcription*. Or,

il y a une différence apparente entre les deux termes. Il n'y a donc aucune contradiction à soutenir que le transfert de la propriété s'opère rétroactivement par la transcription, sous réserve de ne pas compromettre les droits acquis par les tiers du chef du vendeur. »

Cette conclusion serait parfaitement exacte, s'il était vrai, ainsi que notre auteur l'affirme, que la vente, non transcrite, est, au point de vue du transfert de la propriété, un acte subordonné à une condition suspensive. Mais notre loi tout entière proteste contre cette assertion.

Remarquons tout d'abord que la loi dit qu'« à défaut de transcription, les droits susvisés ne seront constitués, transmis, modifiés ou éteints ni entre les parties ni à l'égard des tiers ». Or, si les actes non transcrits n'ont qu'une existence imparfaite, s'ils ne créent, en cet état, aucun droit réel, par quel effort de l'esprit parviendra-t-on à prouver que la transcription opère transfert de la propriété au moment de la conclusion du contrat ? Quelle pourrait être, en effet, la cause de cette rétroactivité ? Est-ce qu'il est plus difficile de comprendre une propriété acquise autrement que par la convention ? Du moment que la loi prive le contrat non transcrit de tout effet translatif, pourquoi dirait-on qu'elle a voulu tout simplement l'affecter d'une condition suspensive ? Loin que la loi le permette, elle y fait obstacle, au contraire, très expressément, lorsqu'elle déclare que l'acte non transcrit ne produit que des obligations personnelles entre les parties (art. 1^{er}, al. 3) ; car dire que l'acte non transcrit ne produit que des obligations personnelles, c'est dire, en d'autres termes, que l'effet translatif de la vente ne se produit qu'au moment de sa transcription. Or, qui ne sait qu'elle a précisément pour effet de rendre l'acheteur propriétaire de la chose

vendue? La loi reconnaît donc, par ses propres dispositions, que l'acheteur qui n'a pas transcrit n'acquiert aucune propriété, même conditionnelle. Que ceux qui pourraient avoir quelque doute à cet égard veuillent bien d'ailleurs se reporter à l'article premier. Le rôle de la transcription y est si manifestement et si clairement établi qu'il s'impose à l'esprit avec toute l'autorité de l'évidence. On ne peut hypothéquer que les immeubles dont on a la propriété, car pour hypothéquer, il faut être propriétaire. Or, on ne peut devenir propriétaire qu'après la transcription de son acte et des actes de ses auteurs. Donc, puis-je dire, celui qui achète un immeuble par un contrat non transcrit n'acquiert aucune propriété conditionnelle ! Ainsi à quel titre pourrait-il l'hypothéquer?

Comment douter encore? M. Zohni Bey proteste pourtant. Mais le raisonnement, par lequel il s'efforce d'échapper au texte si pleinement démonstratif que je viens de citer, est inefficace.

« Le contrat non transcrit, dit-il, crée des obligations personnelles, ce qui veut dire qu'entre les parties, le contrat est valable. Il n'est donc pas facile de dire que la transcription n'a aucun effet sur ces précédentes obligations, puisque l'acte non transcrit donne à l'acheteur le droit de demander la tradition de l'immeuble vendu et que la transcription est prescrite en faveur de l'acheteur. Il est incompréhensible que le retard de l'acheteur à accomplir la transcription lui cause un préjudice, tant qu'il n'y aura pas de tiers qui auraient acquis des droits sur l'immeuble du chef du vendeur et qui les auraient conservés conformément à la loi de 1923. Il est ainsi impossible de dire que la transcription ne confirme l'acte non transcrit que du

jour de son accomplissement, alors que ce même acte a existé au moment de sa conclusion. »

Ainsi, de l'aveu même de notre adversaire, l'acheteur n'acquiert avant la transcription que des obligations personnelles. Mais s'il en est ainsi, il n'a donc aucun droit établi sur l'immeuble même. Or, nous ne comprenons pas qu'il soit permis de penser que ce droit qu'a l'acheteur est une propriété conditionnelle.

Quant à l'effet que doit produire la transcription sur les obligations personnelles créées par la vente, il nous paraît incompréhensible. La transcription, de l'avis même de M. Zohni Bey, ne concerne que le transfert de la propriété, sans toucher aux autres effets de la vente. En l'absence de cette formalité, la vente est valable, mais elle n'est plus susceptible de transférer la propriété. La propriété ne peut donc exister, ni être transmise, en l'absence de la formalité à laquelle elle est subordonnée. C'est par conséquent tenter l'impossible que de vouloir qu'elle soit transmise dès le contrat, en considérant la vente pure et simple comme ayant été conditionnelle. A notre sens, il n'y a et il ne peut y avoir aucunes modalités qui affectent le contrat que celles qui auraient été expressément stipulées par les parties. La nouvelle loi n'a voulu ni transformer la vente, dans tous les cas, en un contrat conditionnel ni, ce qui revient au même, accorder à la transcription un effet rétroactif. Ainsi, de même que la vente pure et simple confère à l'acheteur des droits personnels, de même la transcription lui confère un droit de propriété. Elle ne pourrait point être considérée comme une condition à laquelle est subordonné le droit qu'elle affecte, mais, au contraire, comme une formalité à laquelle est subordonnée la naissance d'un droit.

266. — D'ailleurs, dans l'espèce, la rétroactivité de la

transcription à laquelle est subordonné le droit du premier acheteur n'est pas opposable aux tiers qui ont acquis, dans l'intervalle, des droits du chef du vendeur; c'est que cette vente, bien qu'on la prétende conditionnelle, *n'a pas eu pour effet d'enlever au vendeur le droit de consentir des aliénations ou des hypothèques définitives et irrévocables*. Or, si l'acheteur, par la toute-puissance de la rétroactivité, acquérait un droit de propriété qui remonterait au jour même de la vente et, par conséquent, consoliderait et rendrait irrévocables dans la personne de ses ayants cause tous les droits qu'ils tiennent de lui, le vendeur devrait perdre forcément un ou plusieurs droits. Du moment, en effet, que l'acheteur serait propriétaire sous condition suspensive, lui, vendeur, ne le serait plus que sous condition résolutoire. Ainsi, de même que l'acheteur serait réputé avoir été propriétaire pur et simple du jour de la vente, au cas où la transcription s'accomplirait, de même le vendeur devrait être censé avoir cessé de l'être dès le même moment, ce qui aurait pour conséquence d'effacer les aliénations et les hypothèques consenties par lui avant la transcription. Ces deux solutions se tiennent par le lien le plus étroit; et, à moins de se jeter dans la contradiction la plus manifeste, il est impossible d'écarter la seconde tout en admettant la première.

M. Zohni Ney n'admet point cette imperfection de son système. Il excepte, comme atténuation à sa théorie de la rétroactivité, le cas où une seconde aliénation du chef du vendeur aurait été transcrite avant la transcription de la première. Dans ce cas, dit-il, le premier acheteur se transforme en un créancier du montant du prix et il n'a nullement à se plaindre, puisque c'est uniquement par sa faute qu'il a perdu le bénéfice de son acte.

Notre auteur n'a pas pris garde que cette exception renferme implicitement la négation de la base de son système, et qu'ainsi tout point d'appui lui fait défaut. En effet, si les aliénations consenties par le vendeur subsistent, c'est parce qu'il est resté le seul et unique propriétaire jusqu'à la transcription et que, par conséquent, cette formalité n'opère transfert de la propriété que du moment de son accomplissement, sans aucun effet rétroactif. Autrement, il faudrait dire que la propriété réside, et en la personne du vendeur, puisque ainsi le veut la loi, et en la personne de l'acheteur, selon la théorie de la rétroactivité. Or, une telle conception nous paraît insoutenable. Il n'est donc pas besoin d'insister sur ce point. Tout le monde comprendra, sans peine, que la transmission de la propriété étant subordonnée à la formalité de la transcription, ne peut se produire que du moment de son accomplissement sans aucune rétroactivité.

On admet généralement que le contrat de vente non transcrit ne crée aucun droit réel. Il n'y a pas, non plus, de droit conditionnel. Il y a une obligation immédiate pure et simple, à la charge du vendeur et au profit de l'acheteur. Comme c'est un contrat synallagmatique, il fait aussi naître des obligations à la charge de cet acheteur. On n'aperçoit donc nulle part la trace de ce germe de droit, caractéristique du contrat conditionnel, germe destiné à s'épanouir au moment de l'arrivée de la condition qui opérera rétroactivité. Cette interprétation est la seule à laquelle peuvent donner lieu les termes formels de l'article premier de la loi; c'est celle d'ailleurs qui prévaut en doctrine, et, bien plus encore, en jurisprudence.

267. — La Cour d'appel mixte, dans un arrêt très récent¹,

1. V. G. T. M., fév. 1938, p. 7 et s. (*Les procès intéressants*).

a définitivement rejeté la théorie de la rétroactivité. Cet arrêt a consacré le principe suivant : *Les ayants cause d'un acquéreur qui n'a pas fait transcrire son acte d'acquisition sont admis, les uns à l'égard des autres, à opposer le défaut de transcription du titre de leur auteur commun, pour contester l'efficacité des droits qu'ils ont acquis.*

Il s'agissait, dans l'espèce, d'un sieur Rahmi qui avait acheté de la société d'Héliopolis, par acte sous seing privé daté du 29 avril 1926, un terrain à bâtir. Ne disposant pas de capitaux suffisants pour construire, il avait constitué, en date du 25 mai 1927, une hypothèque sur le terrain et les constructions qui y seraient élevées à l'entrepreneur Farghali, qui avait consenti à avancer les sommes nécessaires pour la construction. Rahmi constitua encore, avant la transcription de son acte, une autre hypothèque en date du 7 novembre 1927 à M. Georgiadis qui s'engageait à avancer les sommes nécessaires à l'achèvement des constructions. Celui-ci céda par la suite le bénéfice de son hypothèque à Mme Tano. La transcription de l'acte de vente fut effectuée le 19 janvier 1928. Rahmi continuait cependant à avoir besoin d'argent. Il constitua deux autres hypothèques sur son terrain et les constructions qui y avaient été bâties au profit de Mme Varvounis, l'une en date du 7 juin 1928, l'autre en date du 31 décembre 1929.

Mme Varvounis avait poursuivi l'expropriation de l'immeuble hypothéqué et s'en était rendue adjudicataire. La société d'Héliopolis avait requis alors l'ouverture d'une distribution. Mme Varvounis ayant désintéressé Mme Tano, dans la croyance que l'hypothèque de cette dernière était valable, se fit colloquer en ses lieux et place.

Mais, se rendant compte de la situation spéciale dans laquelle se trouvaient aussi bien les créances hypothécaires

de Mme Tano que de l'entrepreneur Farghali, elle fit un contredit à l'encontre de sa propre collocation au nom de Mme Tano ainsi qu'à l'encontre de celle de Farghali, qui avait été colloqué en son rang. Puis, mettant en cause Mme Tano, elle lui réclama restitution de la somme qu'elle lui avait versée.

La troisième chambre de la Cour a rendu, le 1^{er} juin 1927, un arrêt concernant le contredit de Mme Varvounis.

En ce qui concerne Mme Tano, l'arrêt avait déclaré l'irrecevabilité de la demande. Or, ce n'était point parce que la transcription de l'acte de Rahmi avait rétroactivement validé son hypothèque, mais — et c'était là le gros obstacle à l'admission du contredit de Mme Varvounis — parce qu'« on ne saurait se pourvoir contre une décision ayant accompli sa propre demande ».

Mme Varvounis a, au contraire, été plus heureuse en ce qui concerne son contredit à l'encontre de la collocation de l'entrepreneur Farghali. Une simple allusion est faite à l'article 681 du Code civil mixte qui déclare que l'hypothèque consentie *a non domino* est nulle. Cela laisse présumer cependant que si la Cour avait envisagé la question dans son ensemble, elle n'aurait pas hésité à déclarer la nullité absolue de l'hypothèque consentie avant la consolidation des droits de l'acheteur par la transcription.

268. — Ainsi, un principe nous est acquis. Si plusieurs hypothèques ont été successivement consenties, sur le même immeuble, par un acquéreur avant et après la transcription de son acte d'acquisition, les créanciers dont les hypothèques sont postérieures à la transcription, peuvent contester celles qui ont été constituées antérieurement, afin d'arriver à les annuler. Ce moyen d'opposition serait parfaitement admissible, puisque, par l'effet de la vente et

avant la transcription, l'acheteur ne devenant pas propriétaire de l'immeuble vendu, il n'avait donc pas la faculté d'en disposer ou de le grever d'hypothèques. L'hypothèque avait donc porté sur des biens qui n'appartenaient pas au débiteur au moment où elle avait été constituée. Elle était radicalement nulle, et l'on ne saurait invoquer la théorie de la rétroactivité de la transcription, pour lui conférer une validité rétroactive.

Le vendeur est donc, malgré l'obligation immédiate et définitive qu'il a contractée, resté propriétaire, et il a, par conséquent, conservé la puissance juridique de disposer. Quant à l'acheteur, il n'a, pendant l'intervalle entre la conclusion du contrat et l'accomplissement de la transcription, qu'un droit personnel. Ainsi, si, plus tard, l'acheteur transcrit son contrat, cette transcription s'accomplira sans rétroactivité, de sorte qu'à s'en tenir aux seuls principes qui viennent d'être exposés, un sous-acquéreur qui a fait transcrire son titre, postérieurement à la transcription du titre de son auteur, peut opposer à toute personne tenant ses droits du même auteur, mais avant que le titre de celui-ci ait été transcrit, l'absence de transcription du titre de leur auteur commun. Le droit qui appartient en pareil cas au sous-acquéreur, peut être exercé en son nom par tous ses ayants cause, et même par ses créanciers chirographaires, qui auraient intérêt à faire écarter les hypothèques inscrites, du chef de l'acquéreur, antérieurement à la transcription de son titre.

269. — Une objection pourra nous être faite. En cas de vente de la chose d'autrui, dira-t-on, la confirmation de la vente par le vrai propriétaire a un effet rétroactif limité, en ce sens qu'elle ne porte aucun préjudice aux droits des tiers, qui les ont acquis du chef du propriétaire avant

l'événement de cette confirmation, et qui les ont conservés conformément à la loi. Or, la situation d'un acheteur qui n'a pas transcrit est tout à fait semblable à celle d'un acheteur de la chose d'autrui et l'effet rétroactif, admis dans le premier cas, aurait pu également se produire dans le second.

Ce raisonnement n'est qu'une vaine subtilité; il repose sur une analogie impossible et que nous devons rejeter.

Le vendeur de la chose d'autrui n'a pu, dit-on, transférer à l'acheteur aucun droit sur l'immeuble qui fait l'objet de son contrat, puisque cet immeuble ne lui appartenait pas. Pourtant, par la seule puissance de la confirmation, la propriété est censée avoir été transmise à l'acheteur du jour de la vente, de sorte que, si une hypothèque a été constituée par l'acheteur *a non domino*, cette hypothèque serait rétroactivement validée par l'effet de la confirmation. Or, pourquoi n'en serait-il pas de même en ce qui concerne la transcription? Parce que, répondrons-nous, le vrai propriétaire, en donnant son adhésion à la vente faite par un tiers de son immeuble, est réputé avoir conclu lui-même le contrat. Il est compréhensible d'attribuer à cette ratification un effet rétroactif. Mais il est à noter que la ratification du *verus dominus* ne rétroagit, en ce qui concerne le transfert de la propriété, qu'au jour de la transcription et non point au jour de la conclusion de la vente. Or, il s'agit maintenant de prouver que la transcription produit un effet translatif, rétroactif, et non pas de l'assimiler à la confirmation. Aussi, celle-ci est-elle un acte étranger à la volonté des deux contractants et elle a pour effet de rendre la vente valable du jour de sa conclusion. Quant au cas de l'acte non transcrit, celui-ci produit tous ses effets, le transfert de la propriété excepté; pour que la vente produise cet

effet, la loi a mis à la disposition de l'acheteur une formalité qui, seule, a le pouvoir de transférer la propriété; ainsi, l'acheteur n'acquiert la propriété que par la transcription.

La loi n'a donc pas entendu accorder à la transcription un effet rétroactif, qui aurait pour effet de rendre lettre morte ses prescriptions. En effet, si on accepte cette théorie, les parties seront incitées à se dispenser, aussi longtemps que possible, de la transcription, sachant bien qu'au jour où ils jugeront bon de transcrire, cette transcription, grâce à sa rétroactivité, aura pour effet de leur attribuer la propriété du jour de la conclusion du contrat. Et ainsi, ce système organiserait la clandestinité, contrairement au but de la loi, qui s'est ingéniée à rendre publiques toutes les mutations immobilières.

TITRE III

LA TRANSCRIPTION DE QUELQUES VARIÉTÉS PARTICULIÈRES DE VENTE

270. Division. — Les particularités de régime que nous étudierons dans ce chapitre tiennent soit à l'insertion dans la vente d'une modalité constituant une variété de condition résolutoire (vente à réméré), soit aux caractères spéciaux de la chose vendue (Takharog ou vente d'hérédité), soit aux formalités de justice (jugements d'adjudication).

Nous allons les étudier successivement dans trois chapitres.

CHAPITRE PREMIER

VENTE A RÉMÉRÉ

271. — Les solutions que nous devons donner aux difficultés relatives à la transcription d'une vente à réméré dépendent de l'analyse juridique de la situation des parties contractantes *pendente conditione*. Or, la théorie, soutenue par certains auteurs¹, d'après laquelle le vendeur, s'il a perdu la propriété actuelle de la chose vendue, reste investi sur cette chose d'un droit réel, qui n'est autre chose qu'une propriété sous condition suspensive d'exercer le réméré paraît aujourd'hui condamnée². Avant l'exercice de réméré, le vendeur est un simple créancier, ayant le droit d'exiger la restitution de la chose, dont la propriété a été intégralement transférée à l'acheteur par la transcription de son contrat.

Cette dernière thèse est consacrée par la jurisprudence française, qui admet que le vendeur avec faculté de rachat, se dépouille, malgré la réserve de cette faculté, de tout droit de propriété et ne conserve qu'un simple *jus ad rem*; un droit personnel, en un mot. La jurisprudence en tire diverses conséquences, dont la plus importante est qu'elle

1. Laurent, XXIV, nos 392 à 395; Baudry et Saignant, nos 641 et s.; Josserand, *Cours*, II, n° 1162.

2. Aubry et Rau, II, § 209; Colin et Capitant, II, p. 557; Planiol et Ripert, X, p. 207.

considère les hypothèques consenties par le vendeur sur le bien vendu comme nulles, même si le bien redevient un jour sa propriété¹.

Cette thèse va nous inspirer la solution des difficultés relatives à la transcription en cette matière.

I. Nature de la cession faite par le vendeur à réméré du droit de racheter l'immeuble vendu.

272. — Cette cession ne doit pas être transcrite, car elle ne constitue pas un transfert de propriété immobilière. Il est vrai que, si le réméré est exercé, la vente est résolue et le vendeur est réputé n'avoir aliéné qu'en faveur du cessionnaire qui exerce le rachat ; mais il est également vrai que la cession de la faculté de réméré n'est, par elle-même, ni une cession du droit de propriété ni une cession de droit réel, cette faculté de réméré ne pouvant pas être hypothéquée. Ainsi, le vendeur, en cédant son droit de réméré, n'a pas transmis une propriété, même conditionnelle de l'immeuble, car la faculté de réméré n'est pour lui qu'un moyen de rentrer dans la propriété de l'immeuble par lui aliéné, et ne saurait être envisagée comme lui conférant *hic et nunc* un droit de propriété, même simplement conditionnel². En vain, objecte-t-on, que la cession de la faculté de réméré est éventuellement translatrice de propriété immobilière, car en cas de rachat, c'est en vertu de cette cession que le cessionnaire retenant est devenu propriétaire et que la mutation de propriété qui, comme nous allons le voir, sera rendue publique par la transcription. Ainsi, si on dispense de la transcription la

1. Paris, 12 août 1871, D. P. 73.2.193, note de M. Labbé.

2. Aubry et Rau, p. 421.

cession même du réméré, il n'en sera pas de même en ce qui concerne son exercice.

Concluons que la cession du droit de réméré, bien qu'elle soit souvent appelée une vente, est une *simple cession de créance*, soumise à la règle de l'article 349/436. Il est donc indispensable, pour qu'une telle cession soit opposable aux tiers et au débiteur, qu'elle soit acceptée par le cédé *dans un acte ayant date certaine*¹.

II. Exercice de la faculté de réméré à l'amiable.

273. — Lorsque le vendeur à pacte de rachat use, dans le délai fixé, de la faculté qu'il a de reprendre la chose vendue en restituant le prix, il s'opère une résolution qui efface rétroactivement la vente. Le rachat dépouille ainsi l'acheteur de son droit d'aliéner ou d'hypothéquer, *son exercice doit être rendu public par la transcription de l'acte ou jugement qui l'opère*. Le retrayant doit donc se prémunir contre les tiers par la transcription; sans cette précaution, l'exercice du réméré doit être considéré comme non avenu, ce qui expose le retrayant à des surprises fatales pour ses intérêts.

Cette solution doit être approuvée; le retrait fait disparaître la propriété; il éteint rétroactivement le droit de l'acheteur. Quand le retrait a lieu, la vente est censée n'avoir jamais existé. L'acheteur est considéré comme n'ayant jamais été investi de la propriété; mais l'acte initial, figurant sur les registres des mutations, annonce toujours aux tiers que la propriété de l'acheteur est susceptible d'être résolue. Les tiers auront donc un intérêt

1. La notification de la cession au cédé est, comme en droit français, suffisante en droit mixte.

considérable à savoir si cette propriété a définitivement disparu et si, par conséquent, l'acheteur n'a plus le droit de disposer de l'immeuble. Cette disparition de la propriété est soumise à la publicité par l'article 1^{er} de la nouvelle loi, qui exige la transcription de « *tous actes ou jugements ayant pour effet d'éteindre un droit de propriété ou autre droit réel immobilier* ».

Si le retrait est exercé par un cessionnaire, il s'opérera à son profit une véritable mutation de propriété, qui, par conséquent, doit être rendue publique par la transcription. En effet, supposons que le réméré soit exercé, la vente est résolue, et le vendeur est réputé n'avoir aliéné qu'en faveur du cessionnaire qui exerce le rachat ; il y a mutation du vendeur au cessionnaire, absolument comme si le vendeur avait exercé lui-même le retrait conventionnel et qu'il ait ensuite vendu l'immeuble au tiers cessionnaire.

Il est donc indispensable qu'une telle transmission, opérée par un acte entre vif, soit publiée au moyen de la transcription. C'est l'accomplissement de cette formalité qui fixera le moment précis où la propriété, revenue au vendeur, est passée sur la tête du cessionnaire. Il n'est point difficile de comprendre que le législateur ait soumis à la transcription l'acte constatant l'exercice du réméré.

273 bis. — Il est aussi incontestable que, si la faculté de réméré a été stipulée postérieurement au contrat, elle ne vaudra plus que comme *une promesse de vente*, qui, acceptée par le vendeur primitif, lui transférera la propriété par la transcription¹. Cette seconde convention devrait, elle-même, sans le moindre doute, être transcrite.

1. V. Alexandrie, 14 nov. 1925, *B. O.* 27/30/47; 3 janv. 1929, *B. O.* 30/57/137.

273 ter. — Le retrait doit, *a fortiori*, être transcrit, quand même la faculté de réméré serait stipulée dans l'acte de vente, s'il n'est exercé qu'après le délai fixé par la convention. Par suite de l'expiration du délai primitivement déterminé, l'acheteur est resté propriétaire (art. 340/424 C. civ.). La propriété ne peut, par conséquent, retourner sur la tête du vendeur, sans qu'il y ait une nouvelle convention; et si la transcription n'en a pas été opérée, cette convention ne dépouille point l'acheteur. Ainsi, ceux qui auront acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acheteur, pourront se prévaloir de l'inobservation de cette formalité. Cette convention étant translatrice de propriété, ne crée, jusqu'à la transcription, que des obligations personnelles entre les parties. A défaut de cette formalité, elle doit être considérée comme non avenue à l'égard des tiers qui pourraient avoir acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acheteur.

III. Exercice de la faculté de réméré par la voie d'une action.

274. — Si le retrait donne lieu à un procès, et qu'il est constaté par un jugement, celui-ci devra-t-il être soumis à la formalité de l'annotation prescrite par l'article 10 de la loi?

Nous répondons, sans hésitation, que cette formalité est nécessaire, puisque cette disposition en exige l'accomplissement pour *tout jugement prononçant la disparition d'un acte transcrit*. C'est ainsi, à notre avis, que la loi doit être interprétée. Le législateur ayant prescrit, comme nous l'avons affirmé plus haut, la formalité de la transcription quand le retrait s'exerce par un acte, il a eu l'intention d'exiger que les tiers fussent avertis, lorsqu'il s'opère par la voie

d'une action. Qu'on ne nous objecte pas alors que le jugement qui intervient dans notre espèce, ne prononce pas, à vrai dire, la résolution et qu'il ne fait que la constater.

Bien que la condition résolutoire se trouve réalisée avec ses effets avant le jugement qui confirme les conclusions du retrayant, ce jugement doit être mentionné en marge de la transcription du contrat de vente, pour que les tiers soient avertis de la disparition complète de la propriété de l'acheteur. Les tiers seront ainsi mis en garde de ne plus contracter avec l'acheteur primitif.

Il faut à ce propos remarquer que, si les créanciers du vendeur font saisir ses biens, ils ne pourront pas réaliser son droit de réméré par les formes d'une saisie mobilière ou immobilière; il leur faudra exercer le réméré par la voie de l'action oblique et saisir ensuite la chose remise dans le patrimoine de leur débiteur¹.

Concluons que le législateur a soumis à la transcription, tout acte ou jugement constatant l'exercice de réméré. Il importe, en effet, que les tiers appelés à se mettre en rapport d'affaires avec l'acheteur, puissent savoir si la faculté qui l'investit du droit de disposer conditionnellement de l'immeuble, existe encore ou n'existe plus en sa personne.

1. V. Planiol et Ripert, X, *loc. cit.*

CHAPITRE II

TAKHAROG (ou VENTE D'HÉRÉDITÉ)

275. — Le Takharog, reconnu en matière de succession par le Chariah¹, est une convention par laquelle un héritier renonce, en faveur d'un ou de plusieurs de ses co-héritiers, à sa part dans la succession, en échange d'une chose déterminée.

Il n'est pas nécessaire, pour la validité d'une pareille convention, que les biens de la succession soient connus des parties contractantes et désignés au contrat d'une manière précise².

Il est nécessaire d'examiner si cet acte doit ou non être assimilé au partage et si, en conséquence, il doit ou non être transcrit pour transférer la propriété, même entre les parties.

En effet, la loi du 26 juin 1923 n'a soumis les actes et jugements déclaratifs à la formalité de la transcription, que pour les rendre opposables aux tiers (art. 2). Le législateur a, avec raison, selon nous, pensé qu'il était intéressant pour les créanciers de l'un des cohéritiers, qui auraient pris une ins-

1. Il n'y a pas dans le Code civil de dispositions spéciales à l'acte de Takharog. Mais l'art. 350/438 dispose que : « La vente d'une hérédité échue comprend, à moins de stipulations contraires, les créances et les intérêts perçus, les frais et les dettes payés depuis l'ouverture, et dont il doit être fait compte. » Cpr. l'art. 1696 C. N.

2. C. A. du Caire, 7 janv. 1922, *B. O.* 24/30/50.

cription hypothécaire, de pouvoir opposer le défaut de transcription aux partageants, lorsque cette inscription aurait précédé la transcription de l'acte de partage. Or, le Takharog, s'il se trouvait des immeubles dans la succession, doit-il être considéré comme une vente ou comme un partage? Faut-il le considérer comme un acte translatif de propriété et, en conséquence, ne créant, à défaut de transcription, que des obligations personnelles entre les parties contractantes? Ou, au contraire, comme un acte simplement déclaratif dont la transcription n'est exigée que pour le rendre opposable aux tiers? En un mot, doit-on regarder le Takharog comme équivalent à un partage?

276. — En principe, tout acte à titre onéreux dont l'effet est de faire cesser l'indivision d'une manière absolue, c'est-à-dire relativement à tous les communistes, est un partage ou est assimilé à un partage.

Ce principe se trouve admis par la grande majorité des auteurs français¹. « Il existe effectivement, sous ce rapport, disent très bien MM. Aubry et Rau², une immense différence entre l'acte qui fait cesser l'indivision à l'égard de tous les cohéritiers et l'acte qui ne la fait cesser qu'à l'égard des autres. Cette différence se trouve légalement consacrée par le texte même de l'article 883 : il résulte, en effet, de l'intime connexité qui existe entre les deux dispositions de cet article que, si chaque cohéritier est censé n'avoir jamais été propriétaire des objets héréditaires dont il a perdu la copropriété, par suite de l'acte qui l'a fait sortir de l'indivision, ce n'est là que la conséquence de cette autre fiction légale qui considère l'héritier dans le lot duquel ces objets

1. V. Flandin, t. I, n^{os} 197 et s.; Aubry et Rau, t. X, p. 195 et s.; Baudry et Barde, t. I, n^{os} 384 et 387.

2. I. X, p. 196, note 12.

sont tombés, comme ayant été, dès l'origine, le propriétaire exclusif. Or, si l'acte qui a fait cesser l'indivision quant à l'un des cohéritiers, l'a laissé subsister à l'égard des autres, il devient impossible d'appliquer à ces derniers la disposition suivant laquelle chaque cohéritier est censé avoir succédé seul aux objets héréditaires qui se trouvent compris dans son lot, et, par suite, il devient aussi impossible d'appliquer au premier la disposition suivant laquelle chaque cohéritier est censé n'avoir jamais été propriétaire des objets dont il a perdu la copropriété. »

277. — On doit donc considérer comme équivalent à partage et, par conséquent, ne devant être transcrit que pour le rendre opposable aux tiers, l'acte de Takharog qui a pour effet *de faire cesser l'indivision à l'égard de tous les cohéritiers*. Ainsi, s'il n'y a que deux héritiers, l'acte par lequel l'un d'eux cède sa part héréditaire à l'autre, sera régi par l'article 2 de la nouvelle loi. En effet, cet acte a mis fin à l'indivision d'une manière absolue.

Il doit en être de même en ce qui concerne l'acte par lequel un héritier, déjà cessionnaire d'une part héréditaire, se rend acquéreur des autres parts. Cet acte, faisant cesser l'indivision entre tous les héritiers, n'est sujet à la transcription que pour être opposable aux tiers.

278. — Il en serait autrement lorsque l'acte de Takharog ne met fin à l'indivision qu'entre quelques-uns des cohéritiers. Cet acte doit être considéré comme une vente, et, en conséquence, doit être transcrit pour produire son effet translatif, même entre les parties (art. 1^{er}), car il ne s'agit plus d'un véritable partage, l'indivision subsistant entre les autres cohéritiers. Ainsi, s'il y a plus de deux héritiers, la cession que ferait l'un d'eux de sa part héréditaire à ses autres cohéritiers n'aurait pas le caractère du partage

et devrait être régie quant à sa transcription par l'article 1^{er} de la loi. Une pareille cession constitue une véritable vente immobilière en ce qui concerne les immeubles héréditaires, alors même qu'elle aurait fait cesser l'indivision d'une manière relative et par rapport à l'un des cohéritiers seulement.

279. — On a essayé de soutenir que l'acte de Takharog par lequel l'héritier cède à ses cohéritiers, non point tel ou tel immeuble de la succession ou son droit indivis sur cet immeuble, mais la succession elle-même, telle qu'elle se comporte, ne tombe point sous l'application de la nouvelle loi. En effet, a-t-on dit, au lieu de céder des biens immobiliers, qui peut-être n'existent pas, l'héritier cède son droit à la succession : *jus hereditarium*. Or, il n'est point besoin de transcrire la propriété acquise par voie de succession, puisqu'aux termes de l'article 610/736 du Code civil, la propriété résultant de la succession est établie vis-à-vis de toute personne par le titre¹.

Si cette décision devait être suivie sur ce point, on la devrait, *a fortiori*, appliquer au cas de partage entre les cohéritiers; il est, en effet, évident que, par l'effet rétroactif du partage, chacun des copartageants est réputé avoir succédé aux biens mis dans son lot et à rien d'autre, et devrait être dispensé de l'obligation de transcrire son titre. Mais il faut laisser là toutes ces subtilités, et s'en tenir au principe que nous avons posé. L'héritier qui vend la succession à laquelle il est appelé, ou même simplement le titre, plus ou moins fondé, en vertu duquel il y peut prétendre, fait passer de son domaine dans le domaine d'un autre, un droit qui, en tant qu'il concerne les immeubles

1. V. Alexandrie, 14 janv. 1930, *Alquaridah Alkhadaiah* 2/451/18; Salib Sami Bey, *op. cit.*, p. 658 et 664.

héréditaires, n'est pas autre chose qu'un droit de propriété immobilière. Cela suffit, pour que l'acte qui en opère la transmission doive être rendu public au moyen de la transcription¹.

280. — Si une controverse peut surgir sur ce point, il est au contraire incontestable que, si le partage étant consommé, les parties échangeaient leurs lots, ce serait une véritable aliénation, puisque les copartageants ont cessé d'être copropriétaires et n'ont fait qu'un échange de ce qui leur appartenait désormais exclusivement. Un tel acte doit être transcrit pour transmettre la propriété même entre les parties. La transcription ne serait, au contraire, nécessaire que pour rendre l'acte opposable aux tiers dans le cas où cette opération serait pratiquée avant le partage.

281. — Quelle serait la solution si l'indivision cessait au moyen d'un acte de Takharog par lequel un cohéritier recevrait la totalité des biens de l'hérédité, moyennant l'abandon d'un immeuble étranger à la succession ?

Cet acte a les caractères d'un partage, puisqu'il fait cesser l'indivision. L'intention des parties n'est pas d'échanger, mais de partager. Il s'ensuit que la transcription ne sera nécessaire, en ce qui concerne les immeubles héréditaires, que pour rendre cet acte opposable aux tiers. Par conséquent, le créancier, auquel celui qui reçoit l'immeuble étranger à la succession aurait consenti une hypothèque inscrite, peut se prévaloir du défaut de transcription de l'acte de Takharog. Aussi l'immeuble propre reste-t-il grevé des hypothèques du chef de l'héritier qui l'a abandonné.

1. En ce sens, Elhillaly Bey, *op. cit.*, p. 636, n° 873; Zohni Bey, *Elmuhamah*, 6, p. 611; Kamel Morsy Bey, *op. cit.*, p 602 et s.

282. — Les mêmes solutions seraient applicables si l'héritier qui reçoit les immeubles héréditaires donnait, outre son immeuble, une somme d'argent.

283. — Supposons maintenant que l'héritier ait cédé sa part indivise dans un immeuble de la succession à son cohéritier, cet acte sera-t-il considéré comme une vente ou un partage ?

Il n'y a pas de doute qu'un pareil acte ne pourrait être considéré comme un Takharog, étant donné que celui-ci doit englober tous les biens héréditaires considérés comme une universalité juridique¹. Ainsi le contrat, par lequel un héritier cède à son cohéritier sa part indivise dans un certain bien de la succession, doit certainement être transcrit². Mais doit-on le considérer comme une vente ou comme un partage ? Cela dépend de son effet : S'il fait cesser absolument l'indivision, il doit être considéré comme un partage, et il n'est, en conséquence, sujet à la transcription que pour être opposable aux tiers ; si au contraire, il ne met pas complètement fin à l'indivision, il n'est pas autre chose qu'une vente immobilière.

284. — Sont également sujettes à la transcription, pour transférer la propriété, même entre les parties, les cessions de droits successifs, lorsqu'elles ne sont pas consenties au profit d'un cohéritier. De pareilles cessions constituent de véritables ventes immobilières, en ce qui concerne les immeubles héréditaires, alors même qu'elles auraient pour objet l'universalité de la succession³.

1. V. C. A. du Caire, 13 nov. 1929, *Elmuhamah* 10/140/287.

2. V. C. A., 12 déc. 1916, *B. O.* 29/103.

3. V. Cass., 5 janv. 1932, *Elmuhamah* 12/496/992.

CHAPITRE III

JUGEMENTS D'ADJUDICATION

285. — L'adjudication a toujours été considérée comme une vente. C'est ainsi qu'elle est qualifiée par les auteurs. Mais si, en principe, l'adjudication, de même que la vente ordinaire, a pour but et pour effet d'opérer une mutation de propriété, il n'est point rare qu'elle tende à tout autre but et produise tout autre effet.

Ainsi, l'adjudication sur licitation, par exemple, est un acte simplement déclaratif, si l'adjudicataire est un des colicitants.

Comme exemples d'adjudications confirmatives d'une acquisition antérieure, on peut citer : 1^o le cas où un acquéreur poursuivi du chef des créanciers hypothécaires des anciens propriétaires, se porte adjudicataire de sa propre chose ; 2^o aussi celui où l'adjudicataire, menacé par une surenchère du dixième de voir lui échapper la chose qui lui a été adjugée, s'en porte une seconde fois le dernier enchérisseur.

I. Adjudication sur une expropriation forcée.

286. — Occupons-nous d'abord des adjudications sur une expropriation (une saisie en droit mixte) pratiquée contre le propriétaire par ses créanciers personnels.

Dans ce cas, deux faits sont placés sous les yeux du public, par la double transcription du commandement et du jugement d'expropriation (du procès-verbal de saisie et de l'acte de dénonciation en droit mixte) sur les registres du greffe du tribunal de première instance du lieu où sont situés les biens expropriés (sur le registre des hypothèques de la situation des biens saisis en droit mixte). Le saisi ne peut plus faire aucune aliénation, mais il conserve plein et entier son droit d'hypothéquer, qui ne cesse que par l'adjudication (portée en marge de la précédente inscription).

L'article 639/771 du Code civil impose au greffier, en plus de cette mention en marge, de transcrire d'office un extrait des jugements d'adjudication aux enchères publiques, mais l'omission de cette formalité n'est sanctionnée que par une amende; elle n'entraîne point la responsabilité civile du greffier (art. 641/774). Ainsi, l'adjudicataire qui tient à se mettre en règle, doit exiger, d'une part, la mention en marge du jugement d'adjudication, et, d'autre part, sa transcription sur le registre ordinaire des mutations de propriété.

La nouvelle loi est venue consacrer ce système. En effet, l'état civil de la propriété consiste dans les registres de mutations; c'est là que les intéressés doivent s'adresser pour se renseigner; c'est là, par conséquent que doivent être consignés tous les actes qui font passer la propriété d'un immeuble d'une personne à une autre. Les jugements d'adjudication y doivent donc être transcrits, car, loin de les avoir placés dans un ordre privilégié ou exceptionnel, la loi a pris soin, au contraire, de les laisser, par une disposition formelle, sous l'empire du droit commun. La transcription du commandement immobilier, prescrit par l'article 540/607 du Code de procédure prévient ainsi les tiers que tel propriétaire actuel de tel immeuble est menacé

d'expropriation; la transcription du jugement d'adjudication, prescrit par l'article 590/672 du Code de procédure, leur apprend que l'expropriation est consommée.

Ainsi, à notre avis et dans notre conviction, rien ne peut remplacer la transcription du jugement d'adjudication. C'est en vain que l'adjudicataire le fait mentionner en marge de la transcription du jugement d'expropriation (ou de la saisie); cette formalité ne le met point à couvert contre les actes ultérieurs que pourra faire l'ancien propriétaire. L'adjudicataire prudent ne paiera donc son prix qu'après avoir fait transcrire son titre et s'être assuré qu'il n'existe, sur le registre des mutations, aucune inscription antérieure ayant trait à l'immeuble qui lui a été adjugé.

Mais si la mention en marge ne supplée point à la transcription du jugement d'adjudication, la réciproque n'est pas vraie. Dans notre système, la mention des adjudications en marge de la transcription du jugement d'expropriation (ou de la saisie) n'a plus d'objet; la nouvelle loi l'a implicitement abrogée.

Concluons donc que, bien que l'expropriation forcée purge *ipso facto* tous les privilèges et hypothèques antérieurs à l'adjudication, l'adjudicataire est obligé de faire transcrire le jugement pour que l'adjudication produise son effet translatif de propriété¹.

II. Adjudication en cas de purge.

A. Après délaissement ou saisie.

Un immeuble hypothéqué a été aliéné; l'acquéreur, au lieu de purger, prend la voie du délaissement; les créanciers hypothécaires inscrits poursuivent la vente de l'immeuble;

1. Cpr. Aubry et Rau, t. II, p. 410; Colin et Capitant, t. I, p. 986

s'il est adjugé au délaissant, l'adjudication devra-t-elle être transcrite ?

L'affirmative pourrait être soutenue, si on admet, avec certains auteurs, que le délaissement emporte de plein droit *hic et nunc*, l'abandon de la propriété acquise. Mais, nous nous hâtons de dire que le délaissement n'est point une abdication de la propriété ; ce n'est même pas l'abandon de la possession civile.

Les auteurs les plus exacts se rallient à cette doctrine comme à un principe hors de toute controverse : « Il ne faut pas oublier, en effet, disent MM. Colin et Capitant¹, que, malgré le délaissement, le tiers détenteur a conservé la propriété de l'immeuble. » Ainsi le tiers détenteur qui a délaissé l'immeuble n'est jamais dépouillé de la propriété qu'il n'y ait adjudication prononcée au profit d'un tiers. La propriété et la possession civile de l'immeuble restent toujours fictivement permanentes sur la tête du délaissant. Et de là résulte qu'il n'y a pas lieu de transcrire le jugement d'adjudication rendu au profit d'un tiers détenteur qui a délaissé l'immeuble.

La doctrine que nous venons d'exposer s'adapte sans peine, et même *a fortiori*, au tiers acquéreur qui, étant resté en possession de l'immeuble s'en est rendu adjudicataire sur une saisie pratiquée directement contre lui (art. 575/698 C. civ.), ou sur une surenchère du dixième (art. 583/706 C. civ.).

288bis. — Il nous reste à prévoir le cas où l'adjudicataire est un *enchérisseur étranger*. Quels sont alors la nature et les effets de l'adjudication ? Opérera-t-elle la résolution rétroactive du droit de l'acquéreur évincé ?

1. V. t. II, p. 1066, n^{os} 1318, 7^e éd.

Nous savons que l'adjudication une fois prononcée au profit d'un étranger éteint définitivement les droits du tiers détenteur. Mais elle n'efface pas les hypothèques nées de son chef et qui avaient été inscrites avant la transcription du jugement d'adjudication; le droit de ces créanciers hypothécaires est simplement transporté de l'immeuble sur le prix.

Mais la disposition de l'article 590/71 paraît difficilement conciliable avec la règle précédente : *les servitudes et droits réels qu'il (le tiers détenteur) avait sur l'immeuble avant son acquisition renaîtront...*

Ainsi, de même que le rétablissement des servitudes, que la confusion avait éteintes, implique nécessairement la résolution rétroactive de l'acquisition qui avait produit cette confusion, de même le maintien des hypothèques inscrites du chef de l'acquéreur évincé entraîne forcément la conséquence inverse.

Dans le savant traité de MM. Colin et Capitant¹ « si l'adjudication produit un effet translatif, disent-ils, elle n'entraîne pas la résolution du droit de propriété du tiers détenteur. Comment, en effet, pourrait-elle produire cet effet ? Il est vrai que l'article 2777, 1^{er} alinéa, contient une disposition difficilement conciliable avec la règle que nous venons d'énoncer. Sans doute, aussi, la jurisprudence, au cas d'adjudication sur surenchère du dixième à la suite de la purge, situation analogue à la nôtre, décide-t-elle que cette adjudication résout rétroactivement le droit du tiers détenteur, mais ce sont là des solutions qui s'expliquent par des raisons particulières. Elles ne peuvent influencer sur la solution du problème que nous avons à résoudre ici ».

1. V. t. II, p. 1068, n° 1322.

Ainsi, le droit du tiers détenteur saisi n'est pas rétroactivement effacé; celui-ci est véritablement exproprié. C'est contre lui que les poursuites sont exercées, puisqu'il demeure propriétaire jusqu'à l'adjudication. Il n'a pas cessé d'avoir été acquéreur et la mutation faite à son profit n'est point effacée, à tel point que ses créanciers personnels sont appelés à prendre part au prix de la nouvelle vente (art. 590/716 2^e al.).

La qualité de propriétaire de l'acquéreur évincé lui permet, aussi, de retenir pour lui-même, et à l'exclusion des créanciers chirographaires de son vendeur, l'excédent de prix de l'adjudication sur le montant des sommes inscrites.

Concluons-en : 1^o que si l'adjudication, sur délaissement ou sur saisie pratiquée directement contre le tiers acquéreur a lieu au profit d'un étranger, le jugement doit être transcrit, pour produire son effet translatif de propriété au profit de l'enchérisseur¹. Cette transcription est possible d'un droit indépendant de celui qui a été acquitté par l'acquéreur dépossédé.

2^o Que si l'adjudicataire est évincé, il peut directement recourir en garantie contre son auteur, l'acquéreur auquel il succède.

3^o Que le défaut de transcription du jugement d'adjudication peut être invoqué, non point par les tiers qui, nonobstant la transcription de la première aliénation, auraient traité avec l'aliénateur originaire, mais par ceux-là seulement qui seraient les ayants cause de l'acquéreur dépossédé.

En résumé, nous consentons à reconnaître, nonobstant la généralité des termes du 1^o de l'article 1^{er}, que les adjudications translatives de propriété sont seule soumises à la transcription. Cette conclusion n'offre aucun danger pratique.

1. V. Aubry et Rau. T. 2. *loc. cit.*

B. — *Après réquisition de mise aux enchères* (art. 583/706 C. civ.).

289. — Supposons maintenant que l'acquéreur, préférant purger, offre aux créanciers de leur payer son prix d'acquisition ; les créanciers, ne trouvant pas l'offre suffisante, requièrent la mise de l'immeuble aux enchères et adjudications publiques (art. 583/706). Nous avons à nous demander quels en sont les effets. Il faut aussi distinguer suivant que l'adjudication qui suit la mise aux enchères est prononcée au profit du tiers acquéreur ou au profit d'une autre personne.

Si le tiers acquéreur, tenant à l'immeuble dont il avait entamé la purge, se résigne à le payer plus cher, et, en conséquence, se fait déclarer adjudicataire dans la vente consécutive à la surenchère, le jugement d'adjudication consolidera définitivement son droit et, par suite, il n'y a pas lieu de le transcrire.

Mais quelle sera la solution si le tiers acquéreur, estimant qu'il avait payé l'immeuble son juste prix, a laissé un tiers obtenir l'adjudication ?

Nous avons à déterminer quels sont les effets que cette adjudication va produire à l'égard du tiers détenteur évincé.

L'adjudication prononcée au profit d'un tiers fait passer le droit de propriété de la tête de l'acquéreur sur celle de l'adjudicataire. Telle est la solution admise par les auteurs français¹. Et pourtant, la jurisprudence française, d'accord avec la doctrine sur l'effet de l'adjudication après saisie, décide, au contraire, que l'adjudication sur surenchère du dixième au cas de purge a pour effet de faire évanouir la

1. V. Colin et Capitant, t. II, p. 1094, n° 1362.

propriété du tiers détenteur et de faire succéder directement, sans intermédiaire, l'adjudicataire au débiteur hypothécaire¹.

Malgré cette controverse, nous estimons nécessaire de transcrire le jugement d'adjudication prononcé au profit d'un tiers sur surenchère du dixième². En effet, l'article 1^{er} de la loi dispose que les jugements ayant pour effet de constituer, transmettre, *modifier ou éteindre* un droit de propriété ou un autre droit réel immobilier, doivent être rendus publics par la transcription. Or, si même on accepte, avec la jurisprudence française, que l'adjudication, dans notre hypothèse, résout l'aliénation consentie au tiers acquéreur, on ne doit pas moins décider qu'elle doit également être transcrite, car son effet est d'*éteindre* un droit de propriété.

Cette solution est d'autant plus incontestable que l'article 639/771 prescrit au greffier de transcrire d'office un extrait des jugements d'adjudication aux enchères publiques.

290. — En cas de surenchère du dixième (art. 518/660 C. pr.), c'est le jugement rendu sur surenchère et non le premier qu'il y a lieu de transcrire³, à moins que, par extraordinaire, le jugement d'adjudication ait été quand même transcrit : il suffira donc de mentionner le jugement rendu sur la surenchère en marge de cette transcription.

Mais, cette mention en marge n'est nécessaire que dans le cas où l'immeuble est, sur surenchère, adjugé à un nouvel acquéreur. Si c'est au contraire, le premier adjudicataire qui, tenant à l'immeuble, se l'est fait adjuger sur les deuxiè-

2. Civ., 26 juil. 1894, D. P. 96.1.281, S. 94.1.408

3. V. Aubry et Rau, t. II, *loc. cit.*

3. Aubry et Rau, t. II, p. 410.

mes enchères, il n'y a lieu à aucune formalité, parce que le jugement ne fait que confirmer son droit antérieur.

III. Adjudication sur licitation.

291. — Les biens indivis qu'on licite peuvent être adjugés soit à l'un des colicitants, soit à un étranger.

Lorsque l'adjudication sur licitation a lieu, au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant, on se trouve en présence d'un véritable partage soumis, quant à la transcription, à l'article 2 de la loi, à condition toutefois qu'il fasse cesser complètement l'indivision.

Mais que décider au cas où, l'indivision existant entre plusieurs personnes, quelques-unes d'entre elles, ou même toutes moins une, se sont réunies pour se porter indivisément adjudicataires de l'immeuble licité? Quelle est alors la nature de la licitation? Dans ce cas, l'indivision ne cessant pas d'une manière absolue, la licitation doit être considérée comme une vente et le jugement doit, en conséquence, être transcrit pour donner son effet translatif.

Il n'est pas nécessaire que chaque héritier ait reçu sa part : il suffit que l'un d'eux soit définitivement rempli de la sienne au moyen d'un allotissement particulier, de telle sorte qu'il n'ait plus rien à prétendre dans la masse commune et qu'à son égard l'indivision ait cessé entre lui et ses cohéritiers. En pareil cas, le jugement d'adjudication équivaut à partage¹.

Quand les jugements rendus sur licitation sont prononcés au profit d'un étranger, ils sont translatifs de propriété et doivent être transcrits (art. 1^{er}).

¹. V. Cass., 11 janv. 1909, D. P. 1909.1.81, et dissertation de M. Planiol, notes 1-3.

Que faut-il décider en ce qui concerne le tiers devenu cessionnaire d'une part indivise de l'un des héritiers, qui se rend, sur licitation, adjudicataire de tout ou partie des immeubles de la succession ? La transcription du jugement est inutile dans les rapports du cessionnaire avec ses colicitants ; la licitation équivaut entre eux à partage. Elle n'est nécessaire que pour rendre la licitation opposable aux tiers (art. 2)¹.

1. V. Aubry et Rau, t. X, *loc. cit.*

CONCLUSION

292. — Que penser maintenant du système de la loi du 26 juin 1923 ?

Ce système n'est pas exempt d'imperfections. Malheureusement le droit de propriété foncière en Egypte reste sans preuves et, par conséquent, sans garanties et sans sécurité. Ce qu'on appelle en effet des titres de propriété, qu'ils soient des actes sous seing privé ou authentiques, qu'ils aient été ou non transcrits, qu'ils soient des contrats ou des jugements, n'ont et ne pourront avoir de valeur qu'entre les parties et leurs ayants cause, en vertu de l'adage *res inter alios acta (ou judicata) alius neque nocet neque prodest*. Leur autorité est donc relative.

Que prouve d'ailleurs ce prétendu titre ? Prouve-t-il le droit de propriété ? Nullement, mais simplement le transfert de l'immeuble. Or, le transfert de l'immeuble si bien établi qu'il soit, ne prouve pas l'existence et la légitimité du droit de propriété. J'ai beau prouver que j'ai acquis mon immeuble d'Ali, j'ai beau avoir fait transcrire mon acquisition, si Ali n'était pas lui-même propriétaire, je ne le suis pas non plus en vertu de cet autre adage : *nomo dat quo d non habet*. En fait, je n'ai d'autre ressource que de remonter jusqu'à quinze ans en arrière, parce que la loi, en pareil cas, me dit que *la possession vaut titre*.

Aussi, le système de publicité, tel qu'il est organisé par

la loi, nous semble-t-il tout à fait incohérent. Cette publicité ne s'applique qu'à certains actes; elle n'est obligatoire pour aucun. Elle se manifeste, tantôt sous forme de transcription, tantôt sous forme d'inscription (en ce qui concerne les privilèges et hypothèques). Elle se réfère non aux immeubles, dont on veut connaître la situation, mais aux personnes. Vous voulez connaître la situation d'un immeuble; vous donnez alors le nom du propriétaire, soit « Mohamed Ali ». Le conservateur fouille : il trouve une douzaine, sinon une centaine de Mohamed Ali, qui sont grevés d'hypothèques et, de crainte de se tromper, il vous délivre un certificat qui porte toutes les hypothèques constituées par les personnes portant des appellations identiques; peut-être que le vrai Mohamed Ali est le seul sur lequel il n'en existe point.

Ajoutons que dans la plupart des actes et, par conséquent, dans la transcription, la désignation de l'immeuble est donnée par les noms des propriétaires voisins, d'où il résulte que, lorsque ces voisins sont changés, on ne sait plus de quel immeuble il s'agit. Pour nous servir de l'expression imagée de M. Bayen « il n'est pas plus facile de distinguer une parcelle de ses voisines que, dans une corbeille d'oranges, de distinguer l'un de ses fruits de l'autre ». Le cadastre actuel est destitué de toute force probante; il n'a de caractère légal que relativement à la répartition de l'impôt foncier.

293. — Le système des livres fonciers, s'il était introduit en Egypte, réussirait-il? et convient-il de tenter cette expérience?

Il n'y aurait pas là une impossibilité absolue; nous pouvons même admettre qu'on pourrait faire là une véritable expérimentation sociale.

Mais il ne manque pas de juristes qui déclarent ce système *injuste*, destructeur du droit de propriété. Du jour où la propriété aurait été inscrite sur ce grand livre, disent-ils, elle serait absolument affranchie de tout autre droit que ceux qui auraient été inscrits au même moment et qui figureraient sur cette sorte d'acte de naissance. Si donc le juge conservateur s'est trompé, et que, méconnaissant les droits du véritable propriétaire, il ait accordé l'immatriculation à quelqu'un qui n'y avait pas droit, tout est fini. Celui-là seulement est et demeure propriétaire qui a été inscrit comme tel.

C'est une extrémité fâcheuse sans doute. Mais, pour notre compte, nous préférons un système de publicité qui risque une fois par hasard de détruire un droit de propriété, à un système, comme le nôtre, qui entretient des droits de propriété malaisés, obscurs, précaires, impropres à la circulation, dangereux pour le crédit et ne pouvant procurer à leurs titulaires qu'une utilité restreinte.

On dit que : faire dépendre la propriété de quelques lignes d'écriture, d'un mot mis à la place d'un autre, c'est du *formalisme* le plus étroit. C'est vrai, mais si ce formalisme paraît être le meilleur moyen de garantir les droits des tiers et de permettre aux propriétaires eux-mêmes de tirer le meilleur parti de leur chose, il ne faut pas se laisser effrayer par un mot ; il ne faut pas se laisser arrêter non plus par la pensée que nous retournons au temps du vieux Droit romain. Et d'ailleurs la législation qui, comme la nôtre, aboutit à faire reposer tous les droits sur la prescription, ne vaut pas mieux qu'une législation qui, comme celle des pays de grands livres fonciers, les fait reposer sur l'inscription solennelle, et supprimer la prescription désormais sans objet.

Mais l'argument le plus sérieux contre l'introduction de ce régime dans notre pays, c'est qu'il est *impraticable*. Et pourquoi donc ? Voici la difficulté.

L'Egypte est un pays où la propriété est très divisée, il est probable qu'elle le sera toujours davantage. Comment faire alors pour ouvrir sur ce registre, qui doit constituer le grand livre de la propriété foncière en Egypte, un compte spécial, un folio numéroté pour chaque domaine, alors que ce mot pompeux de domaine ne représente que d'imperceptibles lopins de terre ou des parcelles dispersées souvent à de grandes distances les unes des autres, peut-être même éparpillées dans des conservations différentes ? Quel travail pour les conservateurs ! Quelle difficulté dans les recherches pour découvrir une parcelle dont l'état doit être vérifié ! On peut compter sur un formidable total de feuilles et, par conséquent, de registres. Si on propose d'appliquer la transformation dans la tenue de registres, pratiquée déjà en Prusse, et qui consiste à ouvrir exceptionnellement un compte à chaque propriétaire, dans le cas où c'est nécessaire, ce serait une grave atteinte au système de publicité réelle.

294. — Ce bouleversement dans notre système de publicité est, en quelque sorte, dangereux et pourrait ne pas apporter les améliorations espérées. Rien ne justifierait d'ailleurs un tel changement radical du régime de publicité actuellement en vigueur en Egypte.

Cependant, il nous paraît indispensable de procéder à quelques retouches aux règles concernant le transfert de la propriété immobilière.

Or, on peut se demander si le législateur n'a point manqué de prudence en admettant à la transcription *les actes de transfert sous seing privé*. Du moment que la transcrip-

tion dans le Droit égyptien est sans force probante, puisque la valeur de cette formalité se mesure à celle du titre qui en fait l'objet, il importe de n'y admettre que les actes réunissant les garanties désirables, tant au point de vue régularité de forme qu'en ce qui concerne l'état civil des contractants et la condition juridique de l'immeuble.

Si on ne veut pas fermer l'accès des registres publics aux titres d'acquisition, non reconnus en justice ou devant notaire, pour ne pas imposer aux parties des frais inutiles et parfois injustifiés, faudra-t-il donner au Conservateur le droit et lui imposer le devoir de vérifier les titres sous seing privé présentés à la transcription, d'en discuter la valeur juridique, d'exiger des attestations de l'identité et de la capacité des contractants, ainsi que de l'authenticité des signatures et, en dernière analyse, de refuser ou d'accorder la formalité.

Ainsi, la transcription aura, comme en Allemagne et en Autriche, le caractère d'*un acte de juridiction volontaire* et non seulement celui d'une formalité civile.

Pourquoi ne pas s'être contenté d'une *inscription analytique des actes de transfert*, alors que ce procédé est exclusivement en usage pour la publicité des privilèges et hypothèques. C'est ce dernier procédé qui fonctionne en Allemagne, en Australie et dans tous les pays dont la publicité s'appuie sur les principes du droit germanique. Partout l'expérience de ce mode sommaire de publicité en a révélé les avantages au point de vue de l'accélération des formalités, de l'allègement des frais et de la facilité des recherches.

Mais pour obvier à tout danger, il faudrait décider ou bien que l'inscription serait l'œuvre exclusive et personnelle du conservateur, ce qui aurait supprimé toute chance d'ir-

régularité, ou bien que l'inscription n'encourrait la nullité pour vice de forme que si l'irrégularité commise était de nature à induire les tiers en erreur.

Pourquoi la formalité de publicité, en matière de transfert de la propriété foncière, ne serait-elle pas *une formalité indispensable, une sorte de solennité*? Il faut remarquer que ce régime est appliqué dans certaines transactions immobilières. Ainsi l'hypothèque, outre qu'elle doit être consentie par un acte authentique, doit aussi être inscrite, faute de quoi elle est réputée comme non avenue, inexistante. Pourquoi ne pas traiter la vente immobilière de la même façon?

Aussi, faudra-t-il exiger *la transcription de l'acte dans un certain délai* depuis la passation du contrat. La sanction en devra être sévère; nullité de l'acte de vente réalisée de plein droit, sans qu'il soit besoin d'une décision judiciaire, comme s'il s'agissait d'une véritable résolution. En outre, tant que l'acte de vente ne sera pas inscrit sur les registres publics, l'acheteur ne saurait consentir aucun droit réel sur l'immeuble acquis par lui; il ne pourra donc ni le revendre utilement, ni l'hypothéquer, ni constituer une servitude. Ces sanctions devront être formulées dans une disposition formelle et décisive, pour mettre fin à toute controverse ou subtilité.

295. — Nous n'avions pas à faire dans cet ouvrage une étude complète des divers actes et jugements soumis à la formalité de la transcription. Nous avons simplement essayé de résoudre quelques-unes des difficultés qui naissent au sujet du principal contrat auquel s'applique la nouvelle loi de 1923.

Sans dédaigner les avantages qui paraissent résulter du système conçu par cette loi, nous ne saurions la proclamer comme une législation idéale. Et d'ailleurs le droit positif

ne peut jamais être un droit idéal, il faut toujours qu'il cloche quelque part.

En aucune chose, mais en législation surtout, il n'est donné à l'homme de toucher du premier jet à la perfection; il n'y arrive que par degrés, après mille tâtonnements et des efforts inouïs. Ne nous étonnons donc point si le régime du transfert de la propriété foncière, tel qu'il a été conçu et organisé, a, comme toute autre institution, ses imperfections et ses lacunes.

Vu :

Le Doyen,

Edgard ALLIX

Vu, bon à imprimer :

Le Président,

JULLIOT DE LA MORANDIERE

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie,

ROUSSY

BIBLIOGRAPHIE

I. — DROIT MUSULMAN

Bedalet Elmogtaheb (d'Ibn Roshd). — T. II, 1329, H.

— *Elmabsout*, t. XIV.

— *Elbahr Elraiek*, t. VIII.

Ahmed Ibrahim Bey. — Article *Revue El-Khanoun wa'-el-ekhiessad*, mars 1937, p. 357 et s.

Kadri Pacha. — *Statut réel d'après le rite Hanafite*. Traduit de l'arabe par Abdel Aziz Kahl, Le Caire, 1893.

II. — DROIT EGYPTIEN

1. — Ouvrages

A. — En arabe.

Morsi Bey (M. K.). — *Al-Chofah (La préemption). La propriété et les droits réels* (3 volumes), Le Caire, 1933.

Zohni Bey (A. S.). — *Les biens*, Le Caire, 1926.

— *La transcription*, Le Caire, 1926.

El Helali Bey. — *Les contrats*, 2 vol., Le Caire, 1924.

Issa Pacha (H.). — *La vente*, Le Caire, 1916.

Zaghloul Pacha (A. Fathy). — *Commentaire du Code civil*, Le Caire, 1913.

AMin Bey (A.). — *Commentaire de droit pénal égyptien* (partie spéciale).

El Orabi Pacha (A'y Zaki). — *Al-chof'ah (la préemption) dans les codes égyptiens*, Le Caire, 1906.

— *La situation de l'héritier dans le Chariah et ses effets juridiques*, Le Caire, 1913.

B. — En français.

De Hults (E.). — *Élément d'un répertoire alphabétique de droit civil égyptien*, 1^{re} éd., 1911.

— *Jurisprudence de la Cour d'appel mixte en matière immobilière*

en Egypte; principaux arrêts rendus de 1875 à 1898, Le Caire, 1899.

Grandmoulin. — *Traité élémentaire de droit civil égyptien, comparé avec le droit français*, 4 vol., Rennes, 1912 (V. surtout t. II : *Les sûretés*).

Halton (H. W.). — *An elementary treatise on the egyptian civil codes*, 2 vol., Le Caire, Imp. Nationale, 1904-1911.

Walton. — *Les obligations*, 2 vol., 1920.

Palagi (D.). — *La vente en droit égyptien mixte*, Alexandrie, 1932.
— *Exposé du système de la loi égyptienne mixte en matière de faillite*, Alexandrie, 1928.

Le Balle (R.). — Cours professé au Caire en 1934 : *Le contrat de vente*.

2. — Thèses.

Morsi Bey (M. K.). — *L'étendue du droit de propriété en Egypte*, thèse, Dijon, 1914.

Fahmi (M.). — *De la préemption immobilière en droit égyptien*, thèse, Paris, 1928.

Chawki. — *La transcription immobilière en Egypte*, thèse, Dijon, 1929.

Sief (H. Aboul Seoud). — *La transcription de la propriété immobilière en Egypte*, thèse, Paris, 1930.

3. — Articles.

A. — En arabe.

Zohni Bey. — « La loi du 26 juin 1923 sur la transcription et les principes juridiques antérieurs », *Elmuhamah*, 6, p. 397 ; 7, p. 536 (1926 et 1927).

Fahmi Bey (Hamed). — « La théorie des actes déclaratifs et des actes constitutifs », *Kh. Kh.*, 1, p. 47 (1931).

— « L'effet de la loi sur la transcription sur les actions en préemption », *Elmuhamah*, 5, n° 9 (1925).

Abel Elwahab Mohamed Bey. — « La préemption et la loi sur la transcription », *Elmuhamah*, 5, n° 10 (1925).

Sami Bey (Saleb). — « La transcription », *Elmuhamah*, 8, p. 641 (1928).

Morsi Bey (M. K.). — « La publicité des mutations immobilières », *Kh. Kh.*, 3, n° 3 et 4 ; 4, n° 1 et 2 (1933-1934).

— « Les préempteurs et leur ordre », *Kh. Kh.*, 3, p. 38 (1933).

El' Aboutigi (Zaki Khair). — « Le contrat de vente n'est point devenu un contrat solennel, après la loi sur la transcription », *Elmuhamah*, 15, p. 56 (1935).

- Kamel** (Malak). — « La transcription des demandes en justice et son effet à l'égard des tiers », *Elmuhamah*, 9, p. 32 (1929).
— « La rétroactivité de la transcription », *Elmuhamah*, 6, 5^e 10 (1926).

B. — *En français (ou en anglais).*

- Bernardi**. — « L'introduction des livres fonciers en Egypte » (conférence, *Egypte contemporaine*, mars 1922).
Cadéménos. — « Règlement de certains conflits en matière de transcription » (*Egypte contemporaine*, novembre 1918).
— « De l'influence de la mauvaise foi en matière de transcription » (*Egypte contemporaine*, mai 1919).
Sheppard (V. L. O.). — « The registration of title to land » (*Egypte contemporaine*, mars 1922).
Wathelet. — « L'introduction des livres fonciers en Egypte » (conférence, *Egypte contemporaine*, novembre 1926).
Rathle (I.). — « La nouvelle loi sur la transcription et l'exercice de la préemption » (*Gazette*, 16, p. 297).
— « Etude sur le Bureau unique de publicité en matière réelle immobilière et sur la création du livre foncier en Egypte » (*Gazette*, 1, p. 127).
Lambert, Amos et Mounier. — « Sur un prétendu conflit entre les principes du Statut personnel et le système de transcription » (*Egypte contemporaine*, p. 207 et s., 1913).

4. — **Recueils judiciaires et périodiques.**

- Bulletin de législation et de jurisprudence égyptienne* (B. L. J.).
Recueil officiel des arrêts de la Cour d'appel mixte (R. O.).
Gazette des tribunaux mixtes d'Egypte.
Bulletin officiel des tribunaux égyptiens, publié par le Ministère de la Justice depuis 1900 (B. O.).
Al-Kada, Recueil périodique de jurisprudence des tribunaux égyptiens, 1894-1900.
Al-H'Oquoq, Recueil légal et judiciaire, fondé en 1885.
Al-Mahâkem, Recueil légal et judiciaire.
Table alphabétique décennale des arrêts et jugements, publiés dans le *Bulletin de législation et de jurisprudence égyptienne*, t. II, 1898 à 1908; t. III, 1908 à 1918; t. IV, 1918 à 1928.
L'Egypte contemporaine.
Almuhamah (*Le Barreau*), revue.
Journal des tribunaux mixtes (J. T. M.).
El-khanoun wa'-el-ekhtessad, revue juridique, publiée par les professeurs de la Faculté Royale du Caire (*Kh. Kh.*) (depuis 1931).

III. — DROIT FRANÇAIS

1. — Ouvrages généraux.

- Aubry et Rau.** — *Cours de droit civil*, dernière édition (par M. Martin), 12 vol., 1935 (V. surtout, t. II).
- Baudry-Lacantinerie** et autres. — *Traité théorique et pratique de droit civil*, 29 vol. (V. surtout : *Des obligations*). Barde, 1907-1908, *De la prescription* (Tissier), éd. 1924.
- Baudry-Lacantinerie.** — *Précis de droit civil*, 3 vol., 1926.
- Bufnoir** (C.). — *Propriété et contrat : théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, Paris, 1900.
- Demolombe.** — *Cours de Code Napoléon*, 32 vol., 1869-1883 (V. surtout t. XXIX, 1876).
- Laurent** (F.). — *Principes de droit civil français*, 33 vol., Bruxelles et Paris, 1893; un supplément en 8 vol. (1895-1904) complète l'ouvrage (V. t. XVI, XXIV, XXIX et XXXII).
- Pothier.** — *Œuvres annotées et mises en corrélation avec le Code civil français*, par M. Bugnet, 11 vol., 1861-1890 (V. *Prescription*).
- Planiol** (Marcel) et **Ripert** (Georges). — *Traité élémentaire de droit civil*, 3 vol., dernière édition, 1937.
- *Traité pratique de droit civil français*, 14 vol. V. *Les biens*, t. III (Picard), 1926; *La vente*, t. X (Hamel, Perreaud), 1931.
- Gény.** — *Science et technique en droit privé positif*, t. III, 1921.
- Pont** (Paul), continuateur de **Marcadé.** — *Privilèges et hypothèques*, 2 vol.
- Troplong.** — *Transcription*, 1856; *Hypothèques*, 3 vol.; *La vente*, 2 vol.
- Garsonnet** (E.). — *Traité théorique et pratique de procédure*, complété par César-Bru, 3^e éd., Paris, 1912-1925, 9 vol.
- Guillouard.** — *Livre du Centenaire*, t. I.
- Dalloz.** — *Nouveau Code civil annoté et expliqué d'après la jurisprudence et la doctrine*, 4 vol., 1900-1907.
- *Répertoire pratique*, V^o *Transcription hypothécaire*.
- Colin** (Ambroise), **Capitant** (Henri) et **de la Morandière** (J.). — *Cours élémentaire de droit civil français*, 3 vol., 1932-1934 et 1936.
- Capitant.** — *Cours de droit civil approfondi et comparé*, 1935-1936.

2. — Ouvrages spéciaux.

- Flandin** (Louis). — *De la transcription en matière hypothécaire*, Paris, 1861.
- Mourlon.** — *Traité de la transcription*, 2 vol., Paris, 1862.

- Rivière et François.** — *Explication de la loi du 23 mars 1855*, Paris, 1856.
- Rivière et Huguet.** — *Questions théoriques et pratiques sur la transcription*, Paris, 1856 (*Mélanges*, pièce 4).
- Verdier (F.).** — *Transcription hypothécaire*, 2 vol., 2^e éd., Paris, 1882.
- Ducruet.** — *Etude sur la transcription*, Lyon, 1856 (*Mélanges Valette*).
- Savatier (R.).** — *Des effets et sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence.*
- Ripert (G.).** — *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e éd., 1935.
- Biville (R.).** — *Conséquence de la mauvaise foi du second acquéreur d'un immeuble, qui a transcrit son contrat avant le premier*, Paris, 1893.
- Roger (F.).** — *La réforme du régime foncier en France*, Paris, 1922.
- Morel (René).** — *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris, 1932.

3. — Thèses.

- Morin (M.).** — *La sécurité des acquéreurs de bonne foi et les droits du véritable propriétaire dans les transactions immobilières*, thèse, Paris, 1902.
- Grouber.** — *L'action paulienne en droit civil français*, thèse, Paris, 1913.
- Vigueron.** — *La fraude dans le transfert des droits*, thèse, Paris, 1923.
- Dauphin.** — *De la réforme de la loi du 23 mars 1855, en ce qui concerne l'extension et la sanction de la publicité des transmissions immobilières*, thèse, Paris, 1906.
- Navarre (G.).** — *De l'authenticité nécessaire pour la publicité des transmissions immobilières. Essai d'amélioration de la transcription et aperçus de réforme*, thèse, Montpellier, 1924.

4. — Articles.

- Boissonnade.** — « Essai d'explication de la nouvelle théorie de transcription et d'inscription hypothécaire », *Revue pratique*, 30, p. 587, 1870; et 31, p. 259, 1871.
- Garsonnet.** — « Réponse », *Revue pratique*, t. 31, p. 244, 1871.
- Breton (André).** — « Chronique », *Dalloz hebdomadaire*, 1937, n° 6, mai 1937, p. 339 et s.

IV. — DIVERS

- Gide** (Charles). — *Mélanges. Etude sur l'Act Torrens*, 1886.
- Besson** (E.). — *Les livres fonciers et les réformes hypothécaires*, Paris, 1891.
- Gide** (Paul). — *La réforme hypothécaire en Prusse*, 1873.
- Correvon**. — *L'act Torrens et son rôle dans la législation foncière*, Lausanne, 1899.
- Morel** (R.). — *Les livres fonciers en Alsace-Lorraine*, 1922.
- Gouyon** (I.). — *Le système des livres fonciers en Tunisie et le projet de la Commission du cadastre*, thèse, Paris, 1909.
- Challamel**. — « Etude sur le projet civil allemand relatif aux droits réels », *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1889.
- Bordeaux**. — *Les nouvelles législations immobilières et hypothécaires*, 1918.
- Diole** (F.). — *Etude critique du système des livres fonciers*, thèse, Paris, 1906.
- Massigli**. — *Rapport général sur l'institution des livres fonciers*, 1905.
- Robitaille** (P.). — *La publicité des transmissions de propriété immobilière*, thèse, Paris, 1929.
- Estivant** (L.). — *Etude sur la mobilisation de la propriété foncière dans l'Act Torrens*, thèse, Paris, 1899.
- Lavergne** (R.). — *Les livres fonciers*, Paris, 1900.
-

TABLE ANALYTIQUE

	Pages
Loi n° 18 de 1923.....	IX
Notice explicative.....	XIII
Introduction.....	1

TITRE PRELIMINAIRE

LES DIFFERENTS SYSTEMES DE PUBLICITE DES MUTATIONS IMMOBILIERES

Chapitre premier. — Le système des livres fonciers.....	5
<i>Section I. — La forme des livres fonciers.....</i>	<i>7</i>
§ 1. Organisation des livres fonciers.....	7
1° Composition et structure du livre foncier.....	7
2° Rapports entre les livres fonciers et le Cadastre.....	9
3° Tenue des livres fonciers.....	10
4° Consultation et copie des livres fonciers.....	11
§ 2. Formalités préliminaires.....	12
1° Conditions de l'inscription.....	12
2° Rôle du conservateur.....	13
3° Prénotation.....	15
§ 3. Force probante de l'inscription.....	16
<i>Section II. — La transmission de la propriété.....</i>	<i>18</i>
§ 1. L'Act Torrens.....	18
§ 2. La loi prussienne du 5 mai 1872.....	21
Chapitre II. — Le système français.....	24
<i>Section I. — Transmission de la propriété par l'effet du contrat.....</i>	<i>24</i>
I. Le Code civil.....	25
II. La loi du 23 mars 1855.....	28
III. Les réformes accomplies par le décret-loi du 30 octobre 1935..	29
<i>Section II. — Analyse du mécanisme de publicité des mutations immobilières.....</i>	<i>31</i>
I. Pièces qui doivent être fournies.....	31
II. Pouvoirs et rôle du conservateur.....	32
III. Valeur de la transcription.....	32
Chapitre III. — Le système adopté par le législateur égyptien.....	34
<i>Section I. — Code civil égyptien.....</i>	<i>35</i>
I. Caractère et effet de la transcription.....	35
II. Domaine d'application quant aux actes.....	37

	Pages
III. Domaine d'application quant aux personnes.....	37
IV. Formes de la publicité.....	43
V. Appréciation critique du système du Code.....	47
<i>Section II. — Réformes proposées.....</i>	<i>48</i>
I. Réformes proposées par la Commission internationale de 1904-1908.....	48
II. Les travaux de la Commission de 1917-1921.....	52
<i>Section III. — Réformes accomplies par la loi de 1923.....</i>	<i>55</i>
I. Formes de la publicité des mutations immobilières.....	56
II. Changement de la nature de la transcription.....	57

LIVRE PREMIER

ANALYSE DE LA SITUATION JURIDIQUE AVANT LA TRANSCRIPTION

TITRE PREMIER

CARACTERE ET EFFETS DE LA VENTE

Chapitre premier. — Nature juridique du contrat de vente.....	62
<i>Section I. — Controverses juridiques.....</i>	<i>62</i>
<i>Section II. — Comment prouve-t-on l'existence du contrat.....</i>	<i>73</i>
Chapitre II. — Les effets essentiels de la vente.....	79
<i>Section I. — Les obligations de l'acheteur.....</i>	<i>80</i>
La théorie des risques dans la vente non transcrite.....	81
<i>Section II. — Les obligations du vendeur.....</i>	<i>84</i>
La théorie du transfert de la propriété.....	85
Chapitre III. — Les sanctions juridiques garantissant l'exécution du contrat.....	90
<i>Section I. — L'action en réalisation de la vente.....</i>	<i>91</i>
<i>Section II. — Nature juridique de l'action en réalisation de la vente. . .</i>	<i>96</i>
<i>Section III. — Transcription des demandes en justice.....</i>	<i>100</i>
<i>Section IV. — Effet du jugement confirmatif de la vente.....</i>	<i>109</i>

TITRE II

LES DROITS RESPECTIFS DES AYANTS CAUSE DES CONTRACTANTS

Chapitre premier. — Le sort des droits réels constitués sur l'immeuble avant la transcription.....	114
Chapitre II. — La protection des créanciers chirographaires.....	127
<i>Section I. — La situation des créanciers chirographaires saisissants... </i>	<i>128</i>
<i>Section II. — Effet de la faillite antérieure à la transcription.....</i>	<i>134</i>

TITRE III

L'EXERCICE DU DROIT LÉGAL DE PREEMPTION
AVANT LA TRANSCRIPTION

Généralités. Division	144
Chapitre premier. — <i>Exercice de la préemption contre l'acheteur qui n'a pas transcrit</i>	148
Chapitre II. — <i>La preuve de l'antériorité de titre du préempteur</i>	167

TITRE IV

LA THEORIE DU JUSTE TITRE

Généralités. Division	171
Chapitre premier. — <i>Le juste titre en matière de prescription acquisitive.</i>	172
Section I. — <i>En droit français.</i>	173
Section II. — <i>Solution qui doit être donnée à la question de juste titre sous l'empire de la loi de 1923</i>	177
Chapitre II. — <i>L'acquisition des fruits.</i>	193

LIVRE II

ÉTUDE DE CERTAINES DIFFICULTÉS RELATIVES
A LA TRANSCRIPTION DE LA VENTE

TITRE PREMIER

LA THEORIE DE LA MAUVAISE FOI DANS LA TRANSCRIPTION

Chapitre premier. — <i>Conséquences de la mauvaise foi sur la transcription</i>	200
Section I. — <i>Les tendances de la jurisprudence et de la doctrine françaises</i>	201
Section II. — <i>La solution en droit égyptien.</i>	202
I. <i>D'après les règles du Code civil.</i>	203
II. <i>Depuis la loi de 1923.</i>	206
Chapitre II. — <i>Sanctions de la fraude dans le transfert de la propriété.</i> ..	222

TITRE II

SOLUTIONS DE QUELQUES CONFLITS
RELATIFS A LA TRANSCRIPTION

Chapitre premier. — <i>Conflit entre les personnes tenant leurs droits d'un même auteur.</i>	238
I. <i>Plusieurs actes d'acquisition du même immeuble ont été transcrits le même jour.</i>	238
II. <i>Importance de l'antériorité de la transcription dans le domaine de la possession.</i>	239

	Pages
III. L'article 89 C. civ. m. est-il abrogé par la nouvelle loi ?	241
IV. Effet de la transcription	246
Chapitre II. — Conflit entre deux acheteurs dont l'un est l'ayant cause du « de cujus » et l'autre l'ayant cause de l'héritier	248
<i>Section I. — Solution d'après les principes du Code civil</i>	<i>249</i>
<i>Section II. — Application des principes de la nouvelle loi</i>	<i>258</i>
Chapitre III. — Transcription des contrats de vente successifs	265
<i>Section I. — Contenu de l'article 619/746 C. civ.</i>	<i>265</i>
<i>Section II. — Abrogation de l'article 169/746 C. civ. par l'art. 16 de la loi de 1923</i>	<i>268</i>
Chapitre IV. — La théorie de la rétroactivité de la transcription	272

TITRE III

TRANSCRIPTION DE QUELQUES VARIETES PARTICULIERES DE VENTE

Chapitre premier. — Vente à réméré	287
I. Nature de la cession faite par le vendeur à réméré du droit de racheter l'immeuble vendu	288
II. Exercice de la faculté de réméré à l'amiable	289
III. Exercice de la faculté de réméré par la voie d'une action	291
Chapitre II. — Takqarog (ou vente d'hérédité)	293
Chapitre III. — Jugements d'adjudication	299
I. Adjudication sur une expropriation forcée	299
II. Adjudication en cas de purge	301
A. Après délaissement ou saisie	301
B. Après réquisition de mise aux enchères (art. 583/706 C. civ.)	305
III. Adjudication sur licitation	307
Conclusion	309
Bibliographie	317

Imprimerie BIÈRE, 18, rue du Peugue, Bordeaux (France). 1938.
